

INTRODUZIONE

La presente indagine mira a ricostruire le possibilità di mobilità nel mercato unico delle società europee, ossia degli enti costituiti in uno Stato membro in conformità al diritto di quest'ultimo e aventi la sede, statutaria e/o amministrativa, all'interno dell'Unione europea (art. 54 TFUE). Nonostante esse siano parificate, già nella versione originaria dei trattati istitutivi, alle persone fisiche quanto all'esercizio delle libertà di circolazione e possano, in linea di principio, operare in modo stabile e continuativo in altri Stati membri, ancora oggi è dubbio quali operazioni societarie siano effettivamente uno "stabilimento" ai sensi dell'art. 49 TFUE e dunque quale sia la reale portata di tale libertà quando è esercitata da siffatti soggetti. In particolare, pare necessario interrogarsi su se e in quale misura la libertà di stabilimento possa porre limiti all'applicazione delle legislazioni nazionali quando esse impediscano o rendano particolarmente difficile la partecipazione della società alla vita economica di un paese membro diverso da quello ove essa è costituita, imponendo di sciogliersi nello Stato di costituzione o di ricostituirsi in quello ove essa voglia operare, in tal modo negando la continuità della personalità giuridica. L'obbligo imposto dai sistemi nazionali di sciogliersi all'uscita o ricostituirsi all'ingresso equivale, in altri termini, a rifiutare alle società, ancorché europee, la possibilità di operare in modo stabile e continuativo in un altro Stato membro e dunque di esercitare la stessa libertà di stabilimento.

A tal fine, punto di partenza dell'indagine è quello di determinare quali siano gli ostacoli che le società europee incontrano quando entrino in contatto con sistemi diversi da quello ove esse sono costituite perché ivi vogliano operarvi stabilmente. La presente analisi si concentrerà, in particolare, sui profili attinenti alla libertà di stabilimento c.d. primario, e dunque sul trasferimento all'estero dell'*unica* sede amministrativa di un ente. Come risulta dalle fattispecie sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia, quando ci si interroga sul significato del diritto di stabilimento e sulla sua portata è proprio questo tipo di operazione societaria che rileva maggiormente in quanto esso attiene all'essenza di tale libertà. Dal punto di vista pratico inoltre lo spostamento all'estero dell'unica sede amministrativa è una modalità più accessibile per le società europee che vogliono trasferirsi all'estero. Essendo queste ultime per lo più di piccole e medie dimensioni, esse normalmente dispongono di un unico centro operativo e, attraverso la libertà di stabilimento, esse intendono spesso "solo" delocalizzare la se-

de di cui già dispongono, e non aprire sedi ulteriori a quella del paese di costituzione (c.d. stabilimento secondario).

Determinare gli ostacoli alla libertà di stabilimento richiede a sua volta di accertare in che modo gli ordinamenti nazionali reagiscono tanto all'ingresso di società straniere sul proprio territorio per ivi svolgervi una attività quanto all'uscita di enti domestici. Tale analisi è particolarmente complessa per una pluralità di ragioni. Da un lato, le reazioni degli Stati membri a tali fenomeni migratori sono il risultato dell'interazione di più norme tanto di diritto internazionale privato (norme di conflitto e criteri di collegamento ivi adottati, norme di applicazione necessaria, rinvio) quanto di diritto materiale, peraltro di vario genere (di diritto societario ma anche fiscale e giuslavorico). Al fine di comprendere le reazioni di uno Stato membro e le eventuali ragioni delle resistenze di quest'ultimo all'esercizio di funzioni in paesi membri diversi da quello ove una società è costituita, è allora necessario analizzare l'interazione di queste diverse norme nazionali tra loro. Dall'altro lato, la presente indagine deve prendere in esame non solo gli atteggiamenti dei *singoli* Stati membri, ma il combinarsi dei vari sistemi nazionali. Una società può, infatti, svolgere l'attività in un paese diverso da quello di costituzione solo quando *tutti* gli ordinamenti giuridici coinvolti, ossia quello di uscita e quello di ingresso, permettano di operare all'estero con continuità della personalità giuridica della società che voglia trasferirsi, convergendo circa la produzione di tale effetto. Diversamente, la vicenda dà vita a operazioni di diverso tipo, le quali implicano per l'appunto lo scioglimento dell'ente all'uscita o la sua ricostituzione all'ingresso.

Una volta identificati gli ostacoli all'esercizio di attività in sistemi giuridici diversi da quelli di costituzione e le ragioni di tali resistenze, il presente lavoro indagherà le soluzioni offerte tanto dalla giurisprudenza comune, mediante la disapplicazione di norme nazionali che impediscono o disincentivano i privati dall'operare all'estero, nonché dal legislatore UE, mediante l'elaborazione di regole positive condivise. Tale analisi è a sua volta preordinata a individuare le persistenti aree critiche ove si ritiene necessario l'ulteriore intervento dei giudici e del legislatore UE, dei quali devono poi essere definiti modalità e intensità di azione.

Il metodo di indagine appena descritto – fondato sull'analisi degli ostacoli alla libertà di stabilimento, delle soluzioni già apportate agli stessi dalla giurisprudenza e dal legislatore UE, nonché di proposte per la soluzione degli ostacoli residui – è il criterio guida dei tre capitoli del presente lavoro, i quali riguardano rispettivamente (i) il riconoscimento delle società straniere, (ii) il trasferimento di sede della società all'estero e (iii) le fusioni transfrontaliere. Mentre il primo, affrontando il tema del riconoscimento delle società straniere, analizza il funzionamento degli ordinamenti nazionali ponendosi dal punto di vista dell'ingresso di enti stranieri (che abbiano localizzato la sede amministrativa in un paese diverso da quello di costituzione tanto al momento stesso della costituzione, diventando così società solo formalmente straniere, quanto invece in un momento suc-

cessivo), il secondo capitolo, riguardando il trasferimento di sede *da* un paese membro all'altro, esamina invece le posizioni degli ordinamenti giuridici all'uscita di società domestiche. In entrambi i casi, a una prima parte del capitolo (sezione I) volta a individuare gli ostacoli frapposti alla libertà di stabilimento e le ragioni delle resistenze nazionali a queste operazioni, ne segue una seconda (sezione II) tesa invece a descrivere le soluzioni offerte dal diritto, positivo e giurisprudenziale, dell'Unione, nonché gli ambiti nei quali è auspicabile il futuro intervento della Corte di giustizia e soprattutto degli Stati membri.

Il terzo capitolo del presente lavoro affronta il tema più specifico delle fusioni transfrontaliere, ossia di una operazione societaria oggetto dal 2005 di una disciplina uniforme a seguito degli interventi, pressoché simultanei, dei giudici di Lussemburgo, mediante la sentenza *Sevic*, e del legislatore UE, attraverso l'adozione della direttiva 2005/56. La scelta di collocare l'analisi di tale istituto a conclusione della presente indagine è motivata innanzitutto dal fatto che le fusioni transfrontaliere, qualificate dalla Corte di giustizia come uno «stabilimento» ai sensi dell'art. 49 TFUE, sono un esempio riuscito di superamento delle difficoltà, peraltro analoghe a quelle alla base dello spostamento di sede all'estero, opposte dagli Stati membri all'esercizio in modo stabile e continuativo di attività in paesi membri diversi da quelli di origine attraverso l'azione congiunta dei giudici di Lussemburgo e del legislatore UE. Inoltre, tale operazione, proprio in quanto permette alle società europee di esercitare l'attività in Stati membri diversi da quelli di costituzione, può costituire una valida, seppur più complessa, alternativa allo spostamento di sede all'estero quando quest'ultimo sia reso impossibile dai diritti nazionali (sezione I). L'importanza di questo strumento per il mercato unico rende inoltre necessaria l'analisi, a dieci anni dalla sua adozione, della disciplina delle fusioni transfrontaliere prevista dalla direttiva 2005/56, anche al fine di proporre miglioramenti e semplificazioni alla Commissione europea, la quale nel dicembre 2014 ha avviato delle consultazioni in tal senso (sezione II).

CAPITOLO PRIMO

IL RICONOSCIMENTO DELLE SOCIETÀ STRANIERE

SEZIONE I

LEGGE APPLICABILE E CRITERI DI COLLEGAMENTO NAZIONALI ED EUROPEI

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento delle società straniere: cenni introduttivi. – 2. La teoria dell'incorporazione negli ordinamenti nazionali. – 3. *Segue*: l'applicazione di norme *anti pseudo foreign companies*. – 4. La teoria della sede reale negli ordinamenti nazionali. – 5. Gli ordinamenti nazionali che adottano criteri di tipo misto. – 6. L'interazione di criteri di collegamento di diversa natura. – 7. L'applicazione del rinvio al riconoscimento delle società straniere. – 8. Riconoscimento e diritto dell'Unione europea: l'assenza di una disposizione espressa nei trattati UE. – 9. Il tentativo d'introdurre criteri di collegamento uniformi: la Convenzione di Bruxelles del 1968. – 10. La questione della competenza UE in materia di diritto internazionale privato delle società e la proposta tedesca sulla legge applicabile alle società. – 11. *Segue*: la determinazione della legge applicabile alle società nella proposta tedesca sulla legge applicabile alle società. – 12. *Segue*: la determinazione della legge applicabile nei regolamenti sulle società sopranazionali. – 13. *Segue*: la determinazione della legge applicabile nel progetto di *Societas unius personae*. – 14. Conflitti di leggi e armonizzazione parziale delle discipline sostanziali degli Stati membri: le direttive in materia societaria. – 15. *Segue*: armonizzazione e problemi connessi alla trasposizione delle direttive in materia societaria. – 16. *Segue*: società sopranazionali e rinvio alle leggi nazionali.

1. *Il riconoscimento delle società straniere: cenni introduttivi*

Il riconoscimento di valori e atti di uno Stato da parte di un altro è una condizione essenziale per l'esercizio di qualsiasi tipo di funzione in un paese differente da quello di origine. Questo fenomeno, già essenziale per la circolazione di ogni valore giuridico straniero¹, riveste un'importanza ancora maggiore quando

¹ Sul fenomeno del riconoscimento di atti e valori giuridici di uno Stato da parte di un altro in diritto internazionale privato e pubblico, LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE*, in *Dir. comm. int.*, 1989, p. 183 ss.

il soggetto del discorso sia una società. A differenza degli individui che esistono prima ancora di essere oggetto di valutazione giuridica², le società sussistono, infatti, in funzione di norme che, definendone i presupposti, l'organizzazione e i rapporti con i terzi, conferiscono sostanza alla società, «costituendo» per tale via l'ente. Se le società esistono solo una volta che si sia perfezionato il procedimento di costituzione, la mancanza di riconoscimento di un ente in paesi diversi da quelli di costituzione mette allora in discussione non solo la sua idoneità a porre in essere atti giuridici, come accadrebbe per le persone fisiche, ma bensì l'esistenza stessa della società.

La personificazione delle società si sostanzia inoltre nelle norme del paese di costituzione, le quali sono determinate unilateralmente da ogni Stato secondo autonome valutazioni e sono contenute nello statuto societario³. In virtù della coincidenza tra personalità giuridica e statuto, la società straniera è allora riconosciuta nel paese non di costituzione esclusivamente qualora esso attribuisca valore non solo alla soggettività dell'ente straniero, ma anche alle regole del suo statuto, le quali sono stabilite dal paese ove l'ente è costituito. In altri termini, qualora lo Stato diverso da quello di costituzione non attribuisca valore alla soggettività giuridica e neanche allo statuto dell'ente straniero come previsto dal paese di costituzione, la società non è riconosciuta ed è messa in discussione la sua stessa esistenza. Tali problemi di riconoscimento si possono porre nello Stato di ingresso sia quando un ente straniero localizzi fin dalla "nascita" la propria unica sede amministrativa in un paese diverso da quello di costituzione, sia qualora una società decida di ivi trasferire tale sede in un momento successivo alla costituzione dell'ente.

Ora, per lungo tempo il riconoscimento di enti stranieri è stato attuato ricorrendo principalmente agli strumenti previsti dagli Stati e quindi al generale fun-

² Sulle differenze tra persona giuridica e persona fisica, GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 553 ss.; ID., *Delle persone giuridiche*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile, Libro primo. Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1969, p. 3 ss.; ROSSI G., *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967; BASILE, FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXIII, 1983, p. 234 ss.; VISENTINI, *La teoria della personalità giuridica ed i problemi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 89 ss.

³ La tesi della coincidenza tra personalità giuridica e statuto societario è esclusa in contributi, per lo più risalenti, come, ad esempio, da CAPOTORTI, *Le società nella Comunità europea. Il diritto di stabilimento*, in CAPOTORTI, MINERVINI, BRANSBURY, GORI, SCHMITT, CAUSER, SANTA MARIA, LUZZATTO, GIULIANO (a cura di), *Il diritto delle società nella comunità economica europea*, Padova, 1975, p. 15 ss., spec. p. 28 ss., e SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, p. 227 ss. Sulla coincidenza tra questi due aspetti, BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 569 ss.; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di legge e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 89 ss.; ID., *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 27 ss.

zionamento delle norme di conflitto e, più in particolare, dei criteri di collegamento ivi adottati. Relativamente alle società, è noto come in Europa si affrontino da sempre almeno due diverse teorie, le quali individuano il diritto applicabile alle società in base a criteri di collegamento tra loro differenti. Alcuni ordinamenti giuridici hanno scelto l'applicazione della teoria della sede reale, la quale richiama il diritto del luogo in cui è situata la sede amministrativa dell'ente. Altri Stati hanno invece optato per la teoria dell'incorporazione, la quale fa riferimento alla legge del paese secondo le cui norme l'ente è costituito. Non risultano invece più accolti il criterio del controllo, il quale determinava la legge applicabile agli enti in base alla nazionalità dei soci, e quello che, quale variante della teoria della sede reale, individuava il collegamento rilevante nel diritto del paese di stabilimento principale della società⁴.

La suddivisione dei sistemi nazionali tra quelli che accolgono la teoria dell'incorporazione e quelli che hanno invece scelto la teoria della sede reale sconta però alcune semplificazioni, delle quali si deve dare conto prima di approfondire la trattazione e che dovranno essere tenute presenti lungo tutto il corso del lavoro⁵. La partizione tra queste teorie costituisce innanzitutto una semplificazione della più complessa realtà internazionalprivatistica. La distinzione tra teorie dell'incorporazione e della sede reale rappresenta, infatti, una classificazione per "famiglie" fondata su affinità di base, la quale non esclude la scelta di criteri di collegamento differenti – e quindi reazioni diverse – da parte di sistemi pur aderenti alla medesima teoria internazionalprivatistica. Mentre la classica teoria dell'incorporazione prevede, ad esempio, l'applicazione del diritto in cui si è perfezionato il procedimento costitutivo dell'ente, la legge svizzera di diritto internazionale privato, pur classificata tra i sistemi che adottano questa teoria, richiama il diritto dello Stato in base al quale le società sono organizzate e quindi quello che regola di fatto la società (art. 154.1)⁶. Come si avrà modo di vedere nel dettaglio nel secondo capitolo, tale differenza non è influente quanto alla possibilità di mutare il diritto applicabile alla società in un momento successivo alla costituzione. A differenza del luogo di costituzione che, essendo un fatto storico, è immodificabile, il riferimento al sistema che di fatto disciplina la società – e quindi a un elemento più reale e oggettivo del solo formale luogo di costituzione – permette di adattare il diritto applicabile alla vita dell'ente e alle scelte dei soci quanto ai cambiamenti di legge applicabile successivi alla creazione della società.

Le differenze tra sistemi giuridici pur ispirati alla medesima teoria interna-

⁴ Quanto in particolare al primo criterio, usato in Francia successivamente alla seconda guerra mondiale, THIRION *et al.* (éd.), *Droit international et européen des sociétés*, Bruxelles, 2009, p. 21.

⁵ In tal senso già MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimenti all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, pp. 46-47.

⁶ Legge di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987.

zionalprivatistica sono state in altri casi determinate dal fatto che alcuni Stati – Italia, Estonia, Lituania e Slovenia – hanno, soprattutto in passato, affiancato alla regola generale del luogo di costituzione alcuni correttivi ispirati alla teoria della sede reale. In questi sistemi – c.d. misti – tra le due teorie non ci sarebbe allora contrapposizione, come invece spesso inteso, ma bensì continuità, costituendo l'una il completamento dell'altra⁷.

Al fine della presente indagine si presuppone inoltre che le norme di conflitto degli Stati abbiano carattere bilaterale. Si tratta tuttavia in un certo senso di una semplificazione in quanto gli Stati potrebbero ricorrere a criteri unilaterali o diversi da quelli classici, quali, ad esempio, quello dell'ordinamento competente o dell'applicazione generalizzata della *lex fori*⁸. La scelta della legge applicabile è inoltre determinata solo in parte dal criterio adottato dalla norma di conflitto, dipendendo anche da altri fattori internazionalprivatistici come, ad esempio, l'attuazione del rinvio o di norme di applicazione necessaria.

Le reazioni dei sistemi interni di fronte a valori giuridici e società straniere sono inoltre condizionate dall'applicazione di norme di diritto sostanziale di vario genere (societario, fiscale, giuslavoristico) applicabili indipendentemente dalle norme di conflitto e dal criterio di collegamento ivi adottato. Come si avrà modo di vedere analizzando la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, disposizioni di questo tipo impongono spesso requisiti ulteriori, distinti e separabili dai presupposti richiesti dalla norma di conflitto e dai criteri di collegamento e possono in certi casi rendere inammissibile il riconoscimento degli enti stranieri o la trasformazione di una società, invece permessi dalla norma di conflitto e dai criteri di collegamento ivi adottati.

La posizione degli Stati sul riconoscimento delle società straniere variano anche in funzione di accordi internazionali stipulati tra due o più paesi volti a disciplinare il reciproco riconoscimento delle società o, più spesso, di apposite clausole contenute in accordi bilaterali internazionali dal contenuto più ampio⁹ (ad esempio, gli accordi di amicizia, commercio e navigazione tra Germania e

⁷ Così AUDIT, *Droit international privé*, Paris, 1991, spec. p. 847; nonché il CONSIGLIO FEDERALE SVIZZERO, *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé*, 10 novembre 1982, in *Feuille fédérale*, 1983, p. 255 ss. secondo cui «dans une certaine mesure, la théorie du siège ne constitue qu'une variante de la théorie de l'incorporation». Più di recente, ANDRA COTIGA, *Le droit européen des sociétés: Compétition entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2013, spec. § 203 e in generale la section I.

⁸ Sull'ordinamento competente e il rinvio alla *lex fori*, PICONE, *Il rinvio "all'ordinamento competente" nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 309 ss.; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cour général de droit international privé. The Hague Academy of International Law*, n. 276, 1999, p. 9 ss., spec. p. 143.

⁹ In generale sulle Convenzioni concluse tra gli Stati membri nell'Unione europea, ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000. Quanto all'Italia, MENE-
GAZZI, MUNARI, *Gli enti collettivi negli accordi stipulati dall'Italia*, Padova, 1978, p. 73 ss.

USA del 1956 di cui si parlerà oltre in questo capitolo). Normalmente questi ultimi prevedono l'applicazione della teoria dell'incorporazione e, se ritenuti prevalenti sul diritto internazionale privato degli Stati, tali accordi possono determinare l'applicazione in concreto di tale teoria anche in sistemi giuridici aderenti all'opposta teoria della sede reale. In alcuni casi più limitati, tali accordi possono poi determinare anche l'effetto opposto, ossia l'applicazione della teoria della sede reale in paesi che invece adottano la teoria dell'incorporazione o varianti della stessa (ad esempio, il trattato di amicizia, commercio e navigazione tra l'Italia e gli USA del 1948)¹⁰.

2. La teoria dell'incorporazione negli ordinamenti nazionali

All'interno dell'Unione europea sono rappresentati entrambi i criteri di collegamento, talvolta in forma pura, talvolta invece con commistioni tra l'uno e l'altro. Tradizionalmente si ascrivono alla teoria dell'incorporazione gli ordinamenti giuridici di *common law* quali quello inglese¹¹, irlandese, cipriota e maltese¹². Ciò è invero comprensibile dato che tale teoria è nata proprio nel Regno Unito al fine di mantenere sotto il controllo nazionale le società inglesi la cui attività si svolgesse interamente o quasi esclusivamente nelle colonie.

Tale teoria internazionalprivatistica individua la legge applicabile alle società nel diritto del luogo ove i soci hanno deciso di costituire l'ente. Posto inoltre che, come anzi detto, gli enti sussistono in funzione di norme giuridiche, tale diritto è quello che disciplina l'organizzazione dell'ente e dunque il suo statuto. La *lex societatis* e il diritto del luogo di costituzione coincidono, in altri termini, con la legge della sede statutaria, la quale è per l'appunto la sede menzionata nello statuto. Ogni sistema richiede poi la coincidenza tra legge applicabile e iscrizione dell'ente nel registro delle imprese, non potendo una società essere costituita secondo le norme di un certo Stato ed essere iscritta nel registro di un diverso

¹⁰ Così accadeva, soprattutto in passato, in Italia. In generale su questi aspetti MENEGAZZI, MUNARI, *Gli enti collettivi*, cit. Con riferimento in particolare al trattato di amicizia, commercio e navigazione del 2 febbraio 1948 con gli USA, v. Corte di appello di Firenze del 1973 commentata tra l'altro da BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in COLOMBO, PORTALE (a cura di), *Il Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, p. 1 ss. Similmente, le pronunce della Corte di Cassazione con riferimento al caso Anstalten 28 luglio 1977 n. 278, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 327 ss. con nota di FERRI; 14 aprile 1980 n. 2414, in *Foro it.*, 1980, c. 1303 ss.; 15 febbraio 1993 n. 1853, *ibidem*, 1993, c. 2535 ss.

¹¹ Così PENNINGTON, *Company Law*, London, 2001, p. 30 ss.; PRENTICE, *The Incorporation theory. The United Kingdom*, in *Eur. bus. law rev.*, 2003, p. 631 ss.; DICEY, MORRIS, COLLINS, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, London, 2003, p. 1101 ss.

¹² Sugli ordinamenti irlandese, cipriota e maltese, PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, Milano, 2003, I e II vol.

paese. Il diritto del luogo di costituzione e della sede statutaria coincidono allora con la legge del sistema ove l'ente è, se necessario, iscritto in un pubblico registro (di regola le società per azioni e quelle a responsabilità limitata).

La localizzazione della sede amministrativa di un ente costituito in un paese ispirato alla teoria dell'incorporazione è invece indifferente per tali sistemi. Questa sede può allora essere ubicata tanto nello Stato di costituzione, in tal modo essendo posta nel medesimo paese della sede statutaria, quanto invece in uno Stato diverso. Tale dissociazione è peraltro ammessa non solo al momento della costituzione della società ma, come si avrà modo di vedere nel secondo capitolo, anche successivamente la stessa (c.d. trasferimento di sede all'estero). Questi sistemi ammettono, in altre parole, che la sede amministrativa della società sia sempre localizzata (e delocalizzata) in Stati diversi da quello di costituzione e che vi sia una dissociazione tra sede statutaria e sede amministrativa del medesimo ente. Gli enti costituiti in paesi ispirati alla teoria dell'incorporazione possono, in altri termini, svolgere ovunque l'attività economica con (i) continuità della personalità giuridica, nonché (ii) restando società nazionali e non mutando il diritto applicabile. La scelta di un criterio puramente formale per determinare la *lex societatis* non collegato al luogo di effettivo svolgimento dell'attività economica della società, qual è per l'appunto quello dell'incorporazione, è allora effettuata da Stati che incoraggiano gli enti domestici a operare anche in mercati esteri.

In base ai medesimi principi, i sistemi giuridici che adottano la teoria dell'incorporazione riconoscono le società straniere che svolgono l'attività economica sul proprio territorio in virtù del diritto del paese nel quale i soci fondatori hanno scelto in origine di costituire l'ente. Almeno in linea di principio, la legge dello Stato nel quale la società svolge la attività e di ubicazione della sede amministrativa non è applicabile alle società straniere, le quali possono così operare in mercati diversi da quelli di costituzione con (i) continuità della personalità giuridica, nonché (ii) mantenendo inalterata la propria identità nazionale. I sistemi ispirati alla teoria dell'incorporazione non temono allora l'ingresso di valori giuridici e società straniere, ma anzi ne agevolano l'accesso per i vantaggi che lo svolgimento sul proprio territorio di attività economiche da parte di enti costituiti in altri sistemi porta alla collettività (entrate fiscali, assunzioni di dipendenti e collaborazioni con operatori locali).

La teoria dell'incorporazione è stata scelta non solo dai paesi di *common law* ove è stata originariamente creata, ma anche da molti paesi del nord Europa quali la Danimarca, la Finlandia, la Svezia e l'Olanda¹³, nonché da alcuni Stati dell'est

¹³ Quanto a Danimarca, Finlandia e Svezia, ANDERSEN, SØRENSEN, *Free Movement of Companies from Nordic Perspective*, in *Maastricht journal eur. comp. law*, 1999, p. 47 ss.; HANSEN J.L., *A New Look at Centros. From a Danish Point of View*, in *Eur. bus. law rev.*, 2002, p. 85 ss.; NEVILLE, *Nordic Company Law Reforms in an International Regulatory Perspective*, in NEVILLE, SØRENSEN

Europa, come la Bulgaria (art. 281 del codice del commercio), la Repubblica Ceca (art. 22 del codice di commercio)¹⁴ e l'Ungheria.

Con riferimento a quest'ultimo ordinamento giuridico, e pur se in passato esso è stato classificato tra quelli ispirati alla teoria della sede reale¹⁵, l'art. 18 del decreto legge ungherese 13 del 1979 fa riferimento al *luogo di registrazione* per determinare la legge applicabile alle società ed è così ispirato all'opposta teoria dell'incorporazione o a una variante della stessa¹⁶. A differenza della classica teoria dell'incorporazione, la quale individua il diritto applicabile agli enti in base al luogo di costituzione, l'Ungheria usa, infatti, il diverso criterio del luogo nel quale la società è iscritta in un pubblico registro. Nonostante tale diversità, il criterio di connessione usato dal sistema ungherese è da ricondursi in ogni caso alla teoria dell'incorporazione. Come anzi detto, infatti, anche in paesi ispirati alla classica teoria dell'incorporazione il diritto di costituzione coincide di fatto con quello nel quale la società è iscritta in un pubblico registro.

Anche la Spagna, pur se tradizionalmente classificata tra gli Stati aderenti alla teoria della sede reale¹⁷, sembra aver adottato più di recente elementi della teoria dell'incorporazione, come ha invero rilevato un'autorevole dottrina¹⁸. L'art. 28 del codice civile spagnolo stabilisce che le società con il *domicilio* e il *principal establecimiento* in Spagna hanno nazionalità spagnola quando esse siano (anche) costituite in conformità alla legge spagnola. In altri termini, sono spagnoli gli enti giuridici non solo costituiti ma anche domiciliati in Spagna in conformità alla legge di tale paese membro. *A contrario*, non sono spagnole le società costituite in paesi diversi dalla Spagna anche quando essi abbiano ivi il *domicilio* e il *principal establecimiento*. L'art. 15 del codice di commercio prevede, infatti, che sono stra-

(ed.), *The Regulation of Companies: A Tribute to Paul Krüger Andersen*, Copenhagen, 2003, p. 39 ss., spec. p. 109 ss. Quanto ai Paesi Bassi, BOSSE, *Report from the Netherlands*, in *Eur. company law*, 2004, p. 134 ss.

¹⁴ PETRELLI, *Formulario notarile*, cit., rileva come il *favor* di tale ultimo paese verso la teoria dell'incorporazione fosse già stato dimostrato nel precedente codice di commercio (art. 9).

¹⁵ Così l'avvocato generale Poiarés Maduro nelle sue conclusioni del 22 maggio 2008 alla causa *Cartesio*, C-210/06, punto 23, la quale sarà oggetto di analisi nel corso di tutto il presente lavoro. Per supportare questa tesi, l'avvocato generale richiama alla nota 31, EDWARDS, *EC Company Law*, Oxford, 1999, p. 336.

¹⁶ Per l'ordinamento ungherese, KISFALUDI, *The Harmonization of Hungarian Company Law – A Pendular Process*, in *Eur. bus. org. law rev.*, 2004, p. 705 ss. Più di recente, KOROM, *La liberté d'établissement des personnes morales et l'affaire Cartesio: un pas en arrière?*, in *Rev. Lamy dr. affaires*, 2009, p. 10 ss.; KOROM, METZINGER, *Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice Confirms and Refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06*, in *Eur. company financial law rev.*, 2009, p. 125 ss.

¹⁷ Così, BLANCO MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, spec. p. 103 ss.

¹⁸ In questo senso, CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, II, Granada, 2007, p. 339 ss.

nieri gli enti (solo) costituiti all'estero in conformità alla legge di un diverso paese, essendo irrilevante l'ubicazione della sede amministrativa, come previsto per l'appunto nei paesi ispirati alla teoria dell'incorporazione.

La teoria dell'incorporazione è adottata anche da sistemi giuridici *extra*-UE, quali quelli svizzero e nordamericano. Sebbene inizialmente la Corte Suprema USA avesse negato che gli enti giuridici potessero avere una esistenza al di fuori dello Stato nel quale esse erano state create¹⁹, a partire dalla sentenza *Eire* del 1938²⁰ tale possibilità è stata assicurata dall'applicazione in tutti gli Stati USA della regola giurisprudenziale della *internal affairs doctrine*. Analogamente alla teoria dell'incorporazione, tale teoria prevede che la società sia regolata dal *diritto dello Stato federato di costituzione*.

Quanto alla Svizzera, la legge di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 stabilisce che le società sono disciplinate dal *diritto del paese in base al quale le società sono organizzate* e dunque da quello che *di fatto regola l'ente*. Qualora il paese in base al quale gli enti sono organizzati obblighi all'iscrizione in un registro pubblico, il diritto dello Stato che organizza la società coincide con quello del *paese di registrazione*. Come anzi detto, il criterio di connessione usato dalla Svizzera costituisce una variante della classica teoria dell'incorporazione²¹. Quest'ultima teoria individua il diritto regolatore degli enti in funzione del luogo ove la società è stata costituita, il quale coincide di fatto con quello nel quale essa è anche organizzata e registrata.

3. Segue: *l'applicazione di norme anti pseudo foreign companies*

L'ubicazione della sede amministrativa di una società straniera è in linea di principio indifferente per i paesi che adottano la teoria dell'incorporazione che riconoscono gli enti stranieri così come costituiti in virtù del diritto di origine.

In realtà, l'analisi comparata degli ordinamenti giuridici ispirati a tale teoria mostra come questa regola non sia priva di eccezioni. Nel caso di società solo formalmente straniere (*pseudo foreign companies*), ossia di enti validamente costituiti in un certo sistema ma che operano totalmente o quasi esclusivamente in

¹⁹ Ad esempio, *Bank of Augusta vs. Earle* del 1839, 38 U.S. 519, 588.

²⁰ *Eire Railroad Co. vs. Tompkins*, 304 U.S. 64. In merito, v. il classico scritto di CARY, *Federalism and Corporation Law: Reflections Upon Delaware*, in *Yale law journal*, 1974, p. 663 ss. Inoltre, ALVA, *Delaware and the Market for Corporate Charters: History and Agency*, in *Delaware law journal*, 1990, p. 885 ss.

²¹ Sulla legge di diritto internazionale svizzera e in particolare sull'art. 154.1, della stessa in materia societaria, GUILLAUME, *Lex societatis, principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich, 2001, ove si dice che la legge che regola la società «est celui en vertu duquel elle s'est organisée, autrement dit le droit de son Etat d'incorporation».

un paese diverso da quello di costituzione, anche gli Stati ispirati alla teoria dell'incorporazione, al fine di tutelare le parti deboli del rapporto societario (creditori, soci minoritari e lavoratori) che instaurino rapporti contrattuali con enti di questo tipo, spesso estendono loro l'applicazione di talune regole domestiche. Pur riconoscendo la personalità delle società straniere in base al (solo) diritto di costituzione, tali sistemi giuridici impongono, in altri termini, a questi enti di adeguarsi a quelle regole nazionali volte a proteggere gli interessi dei soggetti deboli del paese nel quale essi operano totalmente o quasi esclusivamente (c.d. norme *anti pseudo foreign companies*), le quali si aggiungono o sostituiscono quelle stabilite dallo Stato ove l'ente è stato costituito.

In questi casi, l'applicazione a enti stranieri di norme del paese in cui essi svolgono la propria attività, in quanto eccezionale e giustificata da specifiche esigenze nazionali, è imposta mediante norme imperative o, più spesso, di applicazione necessaria. L'applicazione a società costituite in altri paesi di disposizioni interne solo derogabili sarebbe, infatti, in aperto contrasto con la filosofia sottesa alla teoria dell'incorporazione di attribuire valore alle norme del paese (anche straniero) di costituzione. Tuttavia, forse perché più compatibile con il criterio dell'incorporazione, il diritto societario di alcuni Stati ispirati a questa teoria, come quello inglese sulle *private company*, è spesso interamente derogabile.

Tra i sistemi nazionali ispirati al criterio dell'incorporazione molti Stati hanno previsto o prevedono norme *anti pseudo foreign companies*. In tal senso si sono, ad esempio, orientati per lungo tempo la Danimarca e i Paesi Bassi²². Soprattutto in passato questi paesi, pur riconoscendo la personalità giuridica delle società straniere in base al diritto del paese di costituzione, imponevano agli enti costituiti in altri Stati che operavano esclusivamente o quasi totalmente sul proprio territorio l'adeguamento ai minimi del capitale sociale ivi imposti agli enti domestici. Come si avrà modo di vedere nel secondo capitolo, il capitale sociale rappresenta, infatti, una delle principali garanzie c.d. generiche a favore dei soggetti deboli del rapporto societario in quanto costituisce un "campanello di allarme" del sopravanzare delle passività sulle attività.

Norme *anti pseudo foreign companies* sono state previste anche dall'ordinamento elvetico, prevedendo l'art. 159 della legge svizzera di diritto internazionale privato che gli amministratori di società organizzate e dunque registrate in altri Stati ma amministrate interamente in Svizzera rispondano per le obbligazioni sociali ivi assunte²³.

²² Sull'incompatibilità della legge olandese WFBV con il diritto UE, v. sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, la quale sarà oggetto di analisi nella sezione II di questo capitolo. Quando alla Danimarca, si vedano i fatti alla base della sentenza *Centros* della Corte di giustizia del 9 marzo 1999, causa C-212/97, parimenti analizzati nella sezione II di questo capitolo.

²³ Sull'art. 159 della legge di diritto internazionale privato svizzera, GUILLAUME, *Law Governing Companies in Swiss Private International Law*, in ŠARČEVIĆ, VOLKEN, BONOMI (ed.), *Yearbook of Private International Law*, VI, 2004, p. 269 ss.

Esempi di norme *anti pseudo foreign companies* sono state adottate anche negli USA²⁴. Nonostante la regola della *internal affairs doctrine* ivi adottata preveda che il diritto dello Stato di costituzione sia competente nella regolamentazione di tutte le questioni inerenti il funzionamento di una società senza che abbia alcun rilievo il luogo in cui è collocata l'attività d'impresa²⁵, gli Stati di New York e della California hanno esteso a enti costituiti in altri Stati USA parte delle proprie regole interne inerenti, ancora una volta, la tutela dei creditori e dei soci minoritari. La *section 2115* del *California Corporations Code* impone l'applicazione di molti aspetti del proprio diritto societario a enti giuridici non quotati che, pur non costituiti in California, ivi svolgono la propria attività economica in via prevalente. Inoltre, nel caso *German-American Coffee Co. v. Diehl*, la *Court of Appeal* di New York ha affermato che «*when countless corporations, organized on paper in neighboring states, live and move and have their being in New York, a sound public policy demands that our Legislature be invested with this measure of control*»²⁶. Normative di questo tipo sono tuttavia una rarità negli USA e in effetti si dubita della loro compatibilità con la *Commerce Clause* della Costituzione nordamericana che regola il commercio tra nazioni straniere e tra i diversi Stati federati USA²⁷.

4. La teoria della sede reale negli ordinamenti nazionali

Storicamente adottano la teoria della sede reale gli Stati dell'Europa continentale e, in particolare, il Belgio (artt. 56-59 e 81-87 del codice delle società)²⁸, il Lussemburgo (art. 48 della legge 245/1993)²⁹, la Grecia (art. 10 del codice ci-

²⁴ LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, in *Yale law journal*, 1995, p. 137 ss., spec. p. 223 ss.

²⁵ Sulla *internal affairs doctrine* USA, NOTE, *The Internal Affairs Doctrine: Theoretical Justifications and Tentative Explanations for its Continued Primacy*, in *Harvard law rev.*, 2002, p. 1480 ss.; STEVENS, NOTE, *Internal Affairs Doctrine: California versus Delaware in a Fight for the Right to Regulate Foreign Corporation*, in *Boston college law rev.*, 2007, p. 1047 ss. Per un commento in italiano, MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 69.

²⁶ Court of Appeal di New York, 216 N.Y. 57, 109 N.E. 875.

²⁷ Sull'evoluzione della *Commerce clause*, GNES, *La scelta del diritto: concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, pp. 57 ss. e 94 ss. Sulla discussa compatibilità della *Section 2115* della California con la *Commerce clause*, la quale deroga alla regola generale USA della *internal affairs doctrine*, nonché sulla possibile futura modifica della stessa, MOSES, MAGHAKIAN, VIBLE, *Of Long Arms and Internal Affairs*, in *Corporate Counsel* del 23 dicembre 2014.

²⁸ Così, JAFFERALI, *L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger: une esquisse des contours de la lex societatis*, in *Rev. dr. comm. belge*, 2004, p. 764 ss.

²⁹ Per il Lussemburgo CERVINO, *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede dell'impresa: profili civilistici e fiscali comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione europea. Il caso del Granducato di Lussemburgo e dell'Italia*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1873 ss.

vile), la Lettonia (art. 8.3 del codice civile), la Polonia (art. 9.2 della legge di diritto internazionale privato), la Romania (art. 40 della legge 105/1992 modificata nel 2013), l'Austria (art. 10 della legge 15 giugno 1978), la Germania³⁰ e la Francia³¹ (art. 1837 del codice civile, ripreso anche dall'art. L 210-3 della legge sulle società commerciali).

La teoria della sede reale è fondata sull'idea che la società deve essere regolata dalla legge del paese che presenta il maggiore grado di vicinanza con la sua attività. Tale vicinanza deve essere determinata in base a criteri oggettivi, i quali sono indisponibili ai soci fondatori. Questi ultimi, a differenza di quanto accade nei sistemi che adottano la teoria dell'incorporazione, non sono liberi di scegliere il diritto del paese ritenuto migliore per costituire una società, dovendo quest'ultimo coincidere sempre con la legge dello Stato che abbia *realmente e oggettivamente* un legame con essa. Sul presupposto che tra norma giuridica e realtà vi debba essere un legame effettivo, i paesi ispirati alla teoria della sede reale impongono alle società straniere, già costituite in altri Stati, di rispettare anche la propria legge in quanto diritto più vicino alla realtà degli stessi. In tali sistemi gli enti stranieri devono inoltre adeguarsi a *tutte* le regole del paese nel quale essi svolgono l'attività e dunque alle norme non solo inderogabili, come accade – peraltro solo eventualmente – nei paesi ispirati alla teoria dell'incorporazione, ma anche a quelle solo derogabili. Qualora la società straniera non si ricostituisca secondo tale diritto derogabile e inderogabile, l'ente, in quanto non conforme alla legge più vicina alla realtà dello stesso, non è riconosciuto nello Stato in cui esso opera e non potrà così neppure svolgere alcuna funzione. Ciò accade peraltro non solo quando l'ente straniero localizzi fin dall'origine la sede amministrativa in paesi che adottano tale criterio di collegamento, ma anche quando una società delocalizzi questa sede in un momento successivo alla costituzione dell'ente.

La scelta di un criterio reale, effettivo e oggettivo, quale è quello in esame, risponde all'esigenza principale di tutelare i creditori, i soci minoritari e i lavoratori nazionali da enti stranieri che svolgono l'attività in Stati diversi da quelli di costituzione con i quali tali soggetti deboli entrino in contatto³². Questi ultimi

³⁰ In Germania la teoria della sede reale è stata adottata prima dal *Reichsgericht* (v., ad esempio, la decisione pubblicata in *RGZ*, vol. 117, p. 215, spec. p. 217), nonché, dopo la seconda guerra mondiale, dal *Bundesgerichtshof*, ossia dalla Corte federale (v., ad esempio, la decisione pubblicata in *BGHZ*, vol. 97, p. 269, spec. p. 272). L'uso di questa teoria in Germania è stata sempre supportata dalla dottrina maggioritaria tedesca. Tra i tanti, KEGEL, SCHURIG (ed.), *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., München, 2004, § 17.

³¹ Parte della dottrina ritiene che la Francia segua già da tempo la teoria dell'incorporazione. In questo senso, LEVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1984, spec. p. 262 ss.; MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, 1997, spec. p. 128 ss.

³² Sull'esigenza sottesa alla teoria della sede reale di tutelare i c.d. soggetti deboli, RAMMELOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, 2001, pp. 11 e 128.

non dovranno conoscere le regole straniere che disciplinano i loro rapporti con l'ente, essendo tali questioni regolate non dal diritto di costituzione della società straniera, ma dalla legge del paese in cui esse operano, più facilmente accessibile agli stessi. L'esigenza di tutelare i lavoratori, i creditori e i soci minoritari nazionali da enti stranieri operativi in mercati diversi da quelli nei quali essi sono costituiti prevale peraltro anche su quella di attrarre investimenti esteri. Lo stabilimento di enti stranieri sul proprio territorio porta vantaggi economici alla collettività (entrate fiscali; assunzione di lavoratori; rapporti contrattuali con operatori locali) e l'obbligo per le società estere di adeguarsi, peraltro integralmente, al diritto del sistema nel quale esse operano costituisce quantomeno un disincentivo allo svolgimento di attività economiche in uno Stato diverso da quello di costituzione.

Posto inoltre che una società esiste solo in funzione di norme giuridiche, in tali paesi la sede amministrativa di ogni società, la quale determina la *lex societatis*, coincide con quella statutaria, ossia con la sede indicata nello statuto societario. La legge applicabile alle società coincide poi anche con il diritto del luogo di registrazione dello stesso, non potendo un ente essere regolato da un certo diritto ed essere iscritto in un diverso paese. In virtù della corrispondenza tra sede amministrativa, *lex societatis*, luogo di registrazione e sede statutaria, le persone giuridiche costituite in paesi ispirati alla teoria della sede reale non possono svolgere l'attività in paesi diversi da quello di origine ivi localizzandovi la sede amministrativa senza perdere ogni contatto con il sistema di origine ed estinguendosi. Tali Stati escludono che gli enti domestici possano localizzare la propria sede amministrativa all'estero sia alla costituzione sia in un momento successivo. Tali sistemi privilegiano allora la detta esigenza protettiva delle parti deboli del rapporto societario anche a quella d'incoraggiare l'ingresso di società domestiche in mercati stranieri.

Forse anche per effetto della giurisprudenza UE di cui si dirà nel prosieguo, alcuni paesi ispirati alla teoria della sede reale hanno tuttavia progressivamente modificato le proprie scelte in merito. In Austria, ad esempio, l'uso della teoria della sede reale di cui all'art. 10 della legge di diritto internazionale privato del 15 giugno 1978 è stato ormai abbandonato dalla giurisprudenza nazionale³³. In Belgio, la Corte di Cassazione, pur senza mettere in discussione la teoria della sede reale adottata dal legislatore, ha stabilito che la legislazione belga non prevede la perdita dello *status* di persona giuridica per effetto della localizzazione della sede amministrativa da parte di enti stranieri in Belgio, essendo richiesto solo un adattamento al diritto interno delle caratteristiche non essenziali della società³⁴ (quelle che non incidono sullo statuto e dunque quelle inerenti l'eserci-

³³ V. öOGh del 15 luglio 1999, in *JZ*, 2000, p. 199 ss.; 11 novembre 1999, in *RW*, 2000, p. 154 ss., e in dottrina MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., pp. 57-58.

³⁴ Corte di Cassazione 12 novembre 1965, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1967, p. 606 ss. con nota

zio dell'attività d'impresa come, ad esempio, possono essere le regole sulle scritture contabili, quelle che stabiliscono la soggezione a controlli da parte di autorità amministrative o a obblighi di natura fiscale, nonché le disposizioni che disciplinano in modo imperativo il rapporto di lavoro con i dipendenti e il relativo trattamento previdenziale o la sicurezza nei luoghi di lavoro).

Anche in Germania l'applicabilità della teoria in esame, ammessa da sempre dalla giurisprudenza³⁵, è stata ridimensionata negli anni dalla Corte di Cassazione nei confronti di società costituite in altri Stati membri³⁶. La Germania applicava peraltro già da tempo la teoria dell'incorporazione nei confronti di società di paesi *extra*-UE con i quali avesse concluso accordi di diritto internazionale, i quali, come anzi detto, normalmente prevedono proprio l'applicazione di questa teoria. Con riferimento, ad esempio, al trattato di amicizia, commercio e navigazione stipulato tra la Repubblica federale tedesca e gli USA³⁷, la Suprema Corte tedesca ha stabilito che, in virtù di tale accordo, una società validamente costituita in Florida dovesse essere riconosciuta in Germania in base alla propria *lex incorporationis*. Con riferimento poi a un contratto concluso negli USA da una società a responsabilità limitata costituita nel Delaware ma avente sede amministrativa in Germania, i giudici tedeschi hanno affermato che la responsabilità dei soci per i debiti contratti dovesse essere disciplinata dal diritto del paese d'incorporazione della società e quindi dallo Stato americano³⁸.

La teoria della sede reale rimane allora per lo più utilizzata anche in Germania nei confronti di società di paesi *extra*-UE con i quali non sia stato concluso uno specifico trattato bilaterale che stabilisca il reciproco riconoscimento delle persone giuridiche. Nonostante, ad esempio, la teoria dell'incorporazione fosse stata applicata nei confronti di una società del Liechtenstein in virtù della teoria

di LOUSSOUARN. Per un commento più recente si veda WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 723 ss., spec. p. 735 ss.

³⁵ Così, ad esempio, le decisioni della Corte di appello (OLG) di Monaco del 23 gennaio 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 2197 ss.; Corte di Cassazione (BGH) del 31 marzo 1986, in *BGHZ (raccolta della giurisprudenza)*, 1997, p. 269 ss.; Corte di appello (OLG) di Oldenburg del 4 aprile 1989, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 1422 ss.

³⁶ Con riferimento a società olandesi, Corte di Cassazione tedesca (BGH) del 13 marzo 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, p. 1461 ss.; 14 marzo 2005, *ibidem*, 2005, p. 1648 ss. e il commento di BELTRAMI in *Riv. soc.*, 2005, p. 953 ss. Espressamente quanto all'abbandono della teoria della sede reale in Germania, BAHRENS, *From "Real Seat" to "Legal Seat": Germany's Private International Company Law Revolution*, in HAY, VÉKÁS, ELKANA, DIMITRIJEVIC (ed.), *Resolving International Conflicts*, Liber amicorum Tibor Várady, Budapest, 2009, p. 45 ss. Analogamente con riferimento espresso alla giurisprudenza UE, EBKE, *The European Conflict of Corporate Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond*, in *Eur. bus. law rev.*, 2005, p. 9 ss., spec. p. 46 ss.

³⁷ Per il testo del trattato, v. *Bundesgesetzblatt*, 1956, II, p. 487 ss.

³⁸ Rispettivamente decisioni del *Bundesgerichtshof* (BGH) del 29 gennaio 2003, in *WM*, p. 699 ss., e 5 luglio 2004, in *RIW*, p. 787 ss. e in *BB*, 2004, p. 1868 ss. con nota di MELLERT.

dell'incorporazione di cui agli artt. 24 e 31 dell'accordo SEE³⁹, il *Bundesgerichtshof*, decidendo circa la capacità giuridica e di agire di una società svizzera operativa solo in Germania, ha affermato la perdurante operatività della teoria della sede reale e dunque negato riconoscimento all'ente svizzero, riqualificato poi come società tedesca, ritenendo che la Svizzera, a differenza del Liechtenstein, non avesse ratificato l'accordo SEE, il che determinava l'inapplicabilità della teoria dell'incorporazione di cui agli artt. 24 e 31 del predetto accordo⁴⁰.

La messa in opera della teoria della sede reale in Germania è stata inoltre messa in discussione dalla dottrina a seguito della riforma del diritto societario del 2008 (MoMiG). Per effetto dell'abrogazione della norma materiale con la quale era prescritta in Germania la coincidenza tra sede amministrativa e sede statutaria, questo paese permette ora alle società tedesche di collocare la prima all'estero continuando a restare società domestiche. Questa modifica, la quale legittima il trasferimento dell'elemento in base al quale la Germania individua il diritto applicabile agli enti, ha indotto parte della dottrina a ritenere che tale Stato abbia ormai definitivamente optato per la teoria dell'incorporazione⁴¹. Tale conclusione non trova tuttavia d'accordo la giurisprudenza nazionale⁴². Pur se con riferimento al già citato caso di disconoscimento della capacità giuridica di una società svizzera (e dunque *extra-UE*) con sede amministrativa in Germania, la Suprema Corte ha, infatti, affermato che la teoria della sede reale resterà applicabile fino a quando il legislatore non sarà intervenuto in materia, non potendo una modifica così radicale essere adottata in via interpretativa. Il diritto internazionale privato tedesco potrà, in altre parole, cambiare solo se e quando il Parlamento tedesco preveda espressamente l'applicazione di un criterio diverso da quello usato nella teoria della sede reale.

5. *Gli ordinamenti nazionali che adottano criteri di tipo misto*

Probabilmente al fine di trovare un equilibrio tra le opposte finalità alla base della teoria dell'incorporazione – quella di favorire l'ingresso di enti domestici in mercati esteri e di attrarre investimenti stranieri – e della teoria della sede rea-

³⁹ BGH 19 settembre 2005, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 3351 ss. e nota di BELTRAMI, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1419 ss.

⁴⁰ BGH 27 ottobre 2008, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1210 ss., la quale ha così modificato la sentenza della Corte di appello (OLG) di Amburgo del 26 maggio 2006, in *ZIP*, 2006, p. 1822 ss.

⁴¹ BUREAU FRANCIS LEFEBVRE, *Transfert du siège d'une société de capitaux*, in *France-Allemagne*, 2007, p. 3 ss.; BELTRAMI, *Approvato il progetto governativo di una legge di riforma della disciplina tedesca delle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 913 ss.; SEIBERT, *Close Corporations – Reforming Private Company Law: European and International Perspectives*, in *Eur. bus. org. law rev.*, 2007, p. 83 ss.

⁴² Così, MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 63 e la giurisprudenza e la dottrina ivi citata.

le – ossia la tutela dei cittadini che entrino in contatto con enti stranieri operativi in paesi diversi da quelli di costituzione – alcuni Stati hanno, soprattutto in passato, optato per un criterio di collegamento misto, il quale combina per l'appunto le predette due teorie internazionalprivatistiche.

Il sistema portoghese, ad esempio, pur prevedendo all'art. 33.1 del codice civile che la legge delle società sia quella dello Stato in cui si trova la sede principale ed effettiva, al primo comma dell'art. 3 della legge 262/1986 precisa che l'ente la cui sede statutaria si trovi in Portogallo non può essere sottoposto a una legge diversa da quella portoghese di costituzione. Viceversa, l'Italia, l'Estonia, la Lituania e la Slovenia hanno aggiunto alla regola generale imperniata sul luogo in cui si è perfezionato il procedimento costitutivo dell'ente un correttivo improntato alla localizzazione della sede amministrativa⁴³.

Quanto al nostro paese, l'art. 25.1 della legge 218/1995, pur prevedendo al primo periodo che le società sono disciplinate «dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione», precisa, al secondo periodo dello stesso, «che si applica tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia⁴⁴ o se in Italia si trova l'oggetto principale»⁴⁵. Il coordinamento tra la prima frase dell'art. 25.1 della legge 218/1995, la quale richiama il luogo di costituzione e la teoria dell'incorporazione per individuare il diritto applicabile alle persone giuridiche, e il secondo periodo dello stesso, il quale invece lascia spazio all'applicazione del diritto italiano anche a enti di altri paesi che abbiano la sede amministrativa in Italia, ha suscitato negli anni ampi dibattiti. Soprattutto in passato la dottrina⁴⁶, valorizzando il secondo periodo dell'art. 25.1 della legge 218/1995, ha sostenuto l'applicazione integrale della legge

⁴³ Per l'Estonia, artt. 14.1 e 14.2 della legge di diritto internazionale privato. Quanto all'ordinamento sloveno, v. artt. 17.1 e 17.2 del codice civile. Per il sistema lituano, v. artt. 1.11 e 1.19 del codice civile. In dottrina, PETRELLI, *Formulario notarile*, cit., p. 349 ss.

⁴⁴ Secondo la giurisprudenza italiana, la sede dell'amministrazione è il luogo dal quale provengono gli impulsi volitivi inerenti l'attività. In tal senso, anche se con riferimento alla disciplina precedente la riforma di diritto internazionale privato del 1995, tribunale Genova del 31 marzo 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 802 ss.; tribunale Roma del 2 maggio 1963, in *Giust. civ.*, 1964, p. 698 ss. In dottrina, SIMONETTO, *Commento sub art. 2505 cod. civ.*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1976, p. 389 ss.; ANGELICI, *Società costituite o operanti all'estero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1989, p. 7 ss.

⁴⁵ L'oggetto principale coincide di regola con l'attività imprenditoriale per svolgere la quale la società è creata dai soci fondatori. Così, SIMONETTO, *Commento sub art. 2505 cod. civ.*, cit., p. 392.

⁴⁶ Questa tesi è citata in termini critici da DAMASCELLI, *Conflitti di legge in materia societaria*, Bari, 2004, p. 68, che riprende in realtà le teorie sostenute prima della riforma quanto all'art. 2505 del codice civile italiano, per taluni versi simile all'art. 25 della legge 218/1995, da CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli 1953, p. 154 ss.; LEANZA, *Società straniera* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, XVII, 1970, p. 693 ss.; FERRARO, *Società estere e sedi secondarie in Italia*, in *Le società*, 1986, p. 584 ss. In giurisprudenza, Cassazione S.U. 26 maggio 1969 n. 1857, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 359 ss.

italiana a ogni ente straniero che avesse localizzato in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale. Tali società avrebbero, in altre parole, dovuto rispettare *ogni* norma del nostro paese e adeguarsi così alle disposizioni non solo inderogabili ma anche a quelle solo derogabili dello stesso. Tale teoria interpretativa, imponendo agli enti stranieri di ricostituirsi in base al diritto del paese nel quale essi svolgevano l'attività, non dava allora rilievo al fatto che la società straniera fosse già costituita in un altro Stato, nonché valore alla prima frase dell'art. 25.1 della legge italiana 218/1995, la quale richiama «il luogo di costituzione» per individuare la legge applicabile alle società.

Il fatto tuttavia che la menzione «della sede amministrativa e dell'oggetto principale» di cui alla seconda frase dell'art. 25.1 della legge 218/1995 sia subordinata al primo periodo dello stesso ha progressivamente indotto la dottrina a modificare tale interpretazione della disposizione in esame⁴⁷. La norma di riferimento per individuare il diritto applicabile alle società è allora la prima frase dell'art. 25.1 della legge 218/1995, la quale individua la legge applicabile alle società in base al luogo di costituzione. Il nostro sistema è dunque ispirato alla teoria dell'incorporazione e il regime stabilito al secondo periodo dell'art. 25.1 della legge 218/1995 è invece solo eccezionale. In virtù dell'art. 25.1 primo periodo della legge 218/1995, il nostro paese – e probabilmente anche i sistemi estone, sloveno e lituano – riconoscono allora la personalità delle società straniere sulla base del solo presupposto della loro costituzione nel paese scelto dai soci fondatori, salvo imporre loro, in virtù della seconda frase dello stesso, l'adeguamento dello statuto a talune norme italiane, il quale costituirà però solo una condizione perché l'ente straniero, già esistente, possa svolgere la propria attività in Italia.

Il fatto peraltro che il nostro ordinamento sia tra i pochi ispirati alla teoria dell'incorporazione a permettere il trasferimento all'estero della sede statutaria, peraltro probabilmente con cambiamento del diritto applicabile, (art. 25.3 della legge 218/1995 così come interpretato da una parte della giurisprudenza italiana e da talune Camere di commercio come, ad esempio, quella di Milano e Torino)⁴⁸ ha più di recente indotto parte della dottrina a interpretare estensivamente l'inciso «il luogo in cui si è perfezionato il processo di costituzione» di cui all'art. 25.1 della legge 218/1995, il quale farebbe così riferimento non all'evento della costituzione usato per l'appunto nella classica teoria dell'incorporazione,

⁴⁷ Tra i molti autori italiani che si sono occupati dell'art. 25 della legge 218/1995, DAVI *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 557 ss.; BENEDETTELLI, *Art. 25*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario. Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1996, p. 1108 ss.; LUZZATTO, AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto comm.*, XIV, 1997, p. 136 ss.; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 29 ss.; DAMASCELLI, *Conflitti di legge*, cit., p. 65 ss.

⁴⁸ Si veda in merito quanto detto nel secondo capitolo, sezione I, del presente lavoro.

ma bensì al sistema che, anche in un momento successivo alla costituzione, si ritiene competente a regolare la società e dunque a una variante (quella svizzera e ungherese) della teoria dell'incorporazione⁴⁹. Come si avrà modo di osservare nel secondo capitolo, nei paesi che adottano la classica teoria dell'incorporazione il diritto scelto alla costituzione è un fatto immutabile e il trasferimento della sede statutaria, ossia dell'elemento che coincide con il luogo di costituzione in base al quale è individuata la *lex societatis*, non può mai realizzarsi. Viceversa, l'individuazione della legge applicabile in funzione di un criterio più oggettivo e reale del "luogo di costituzione", quale è per l'appunto quello del "paese competente a regolare l'ente", consente di adattare il diritto applicabile alle modifiche che i soci vogliono apportare alla società durante la vita della stessa.

Tralasciando di considerare per il momento tale tesi, la quale sarà oggetto di analisi nel prosieguo, e presupponendo per il momento che il nostro sistema adotti la classica teoria dell'incorporazione, è necessario domandarsi quali tipi di norme siano applicabili agli enti stranieri in base alla seconda frase dell'art. 25.1 della legge 218/1995. È da escludere innanzitutto l'applicazione di norme derogabili in quanto ciò sarebbe in aperto contrasto con la volontà del nostro legislatore, sottesa alla teoria dell'incorporazione di cui al primo periodo dell'art. 25.1 della legge 218/1995, di riconoscere le società straniere come costituite nel paese di origine. *A contrario*, l'applicazione del diritto italiano a enti stranieri che abbiano nel nostro paese la sede amministrativa o l'oggetto principale è possibile solo in ragione di particolari esigenze, nonché mediante norme imperative o di applicazione necessaria⁵⁰. Questa tesi interpretativa trova conferma anche confrontando il tenore letterale dell'art. 25.1 della legge 218/1995 con quello del precedente regime di cui all'art. 2505 del codice civile. L'attuale previsione «dell'applicazione della legge italiana» di cui alla seconda frase dell'art. 25.1 della legge 218/1995 e non più di «tutte le disposizioni della legge italiana» di cui all'art. 2505 del codice civile dimostra, infatti, una volta di più la volontà del nostro legislatore di smarcarsi da un'impostazione legata alla localizzazione della sede amministrativa e circoscrive a maggior ragione l'applicazione del diritto italiano a società straniere solo quando giustificata da importanti necessità e mediante norme imperative o di applicazione necessaria.

La facoltà d'imporre a enti giuridici stranieri il rispetto di norme italiane in

⁴⁹ In tal senso, MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 174.

⁵⁰ Così DAMASCELLI, *Conflitti di legge*, cit., p. 70 ss. Per MALATESTA, *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 945 ss. «si applicano tutte le norme imperative dell'ordinamento italiano». LUZZATTO, AZZOLINI, *Società*, cit., pur sostenendo che l'art. 25.1 della legge in esame è «espressione dell'obbligo di sottoporre ... integralmente alla legge italiana» le società che si trovino nelle situazioni indicate dalla norma in esame, ritengono tuttavia sia necessario «approfondire l'incisività del diritto italiano», pur senza fornire al riguardo indicazioni ulteriori.

quanto diritto dello Stato nel quale esse svolgono l'attività è inoltre limitato da ulteriori fattori. Come anzi detto, la personificazione delle società si sostanzia nella disciplina contenuta nello statuto, cosicché non è possibile distinguere tra l'uno e l'altro aspetto. In virtù della coincidenza tra personalità giuridica e statuto societario, il paese non di costituzione è allora tenuto ad attribuire valore non solo alla soggettività giuridica dell'ente straniero ma anche al suo statuto, soprattutto se si intenda quest'ultimo come unico e non frazionabile⁵¹. L'applicazione di norme italiane a società straniere con la sede amministrativa o l'oggetto principale in Italia di cui alla seconda frase dell'art. 25.1 della legge 218/1995 è allora possibile solo per quelle norme che *non incidono* sull'organizzazione statutaria dell'ente, la cui identificazione in concreto non è tuttavia un'operazione semplice⁵².

A seguito poi della giurisprudenza UE sui limiti in entrata di cui si dirà nel prosieguo, l'applicazione a enti stranieri di disposizioni del paese nel quale esse operano risulta ancora più circoscritta quando rivolta a società costituite all'interno dell'Unione. L'ambito di imperatività e di necessità delle norme dello Stato membro dove una società, costituita in un certo paese, svolga l'attività deve, infatti, essere stabilito non in funzione di valutazioni unilaterali del singolo legislatore nazionale, ma in base ai parametri comuni definiti dalla giurisprudenza UE. Come si avrà modo di vedere più avanti, le disposizioni del paese membro nel quale la società opera possono applicarsi solo qualora esse siano necessarie a proteggere in modo proporzionato quelle «esigenze imperative» dell'UE usate dalla Corte di giustizia per giustificare misure nazionali restrittive delle libertà di circolazione.

6. *L'interazione di criteri di collegamento di diversa natura*

Il ricorso a criteri di collegamento di diverso contenuto può facilmente condurre a soluzioni difformi e conflitti di leggi, nel senso che non sarà necessariamente indicata come regolatrice di un medesimo ente la stessa legge materiale tutte le volte in cui vi sia una dissociazione tra luogo di costituzione, registrazione e ubicazione della sede statutaria, da un lato, e localizzazione della sede amministrativa, dall'altro lato⁵³.

Al fine d'illustrare gli effetti prodotti sul riconoscimento di società straniere

⁵¹ Per MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 46 l'unicità dello statuto personale della società, che si fonda sull'analogia tra persona giuridica e fisica, rappresenta una semplice classificazione di carattere sistematico, atta a qualificare un certo insieme di regole per individuare la legge applicabile, e non invece un'esigenza logica di diritto internazionale privato.

⁵² In tal senso, BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1108 ss.; ID., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 39 ss.

⁵³ In tal senso, in generale, ANDRA COTIGA, *Le droit européen des sociétés*, cit., spec. §§ 205 ss.

dal combinarsi dei (soli) diversi criteri di collegamento, sembra opportuno distinguere il caso in cui (i) un ente costituito in uno Stato che segua la teoria dell'incorporazione stabilisca la propria sede amministrativa in un ordinamento giuridico ispirato al criterio della sede reale da quello in cui (ii) una società costituita in un paese ispirato alla teoria della sede reale fissi la sede amministrativa in un paese che invece dia rilevanza al luogo di costituzione dell'ente. Queste due ipotesi si fondano sul presupposto, in realtà tutt'altro che pacifico, che gli Stati coinvolti consentano la dissociazione tra sedi statutaria e amministrativa al momento della costituzione e/o in un momento successivo.

In particolare, il caso in cui una società costituita in un paese ispirato alla teoria della sede reale fissi la sede amministrativa in un paese che invece dia rilevanza al luogo di costituzione dell'ente può configurare un caso di *conflitto negativo*, che si ha quando ogni sistema coinvolto rinvii all'altro la competenza a regolare la stessa società. In virtù del criterio di collegamento adottato, il paese di costituzione ispirato alla teoria della sede reale riterrebbe applicabile alla società non la propria legge ma quella di localizzazione della sede amministrativa, negando così riconoscimento alla società tutte le volte in cui essa non sia conforme al diritto di quest'ultimo paese. A sua volta, il paese di ubicazione della sede amministrativa, attribuendo la competenza a regolare la società allo Stato di costituzione, finirebbe, a fronte del disconoscimento di quest'ultimo, con il negarle parimenti riconoscimento. In tal caso, l'ente non sarebbe, in altri termini, riconosciuto né dallo Stato di costituzione né da quello di localizzazione della sede amministrativa.

Qualora viceversa un ente costituito in uno Stato che segua la teoria dell'incorporazione stabilisca la propria sede amministrativa tanto alla costituzione quanto in un momento successivo in un ordinamento giuridico ispirato alla teoria della sede reale si realizza un caso di *conflitto positivo* che si ha quando le norme di conflitto di ogni paese coinvolto attribuiscono competenza a regolare una certa fattispecie alle proprie disposizioni sostanziali. Entrambi i sistemi giuridici, in virtù della teoria rispettivamente seguita dell'incorporazione e della sede reale, riterrebbero la società come regolata dal proprio diritto. Lo Stato di localizzazione della sede amministrativa ispirato alla teoria della sede reale finirà tuttavia con il negare riconoscimento alla società tutte le volte in cui quest'ultima non sia conforme alla *lex fori*, circostanza facilmente integrata posto che essa è nata nel rispetto delle regole, probabilmente diverse, previste da un differente sistema. Per poter essere effettivamente riconosciuto l'ente deve ricostituirsi totalmente e *ex novo* conformemente al diritto dello Stato nel quale ha localizzato la sede amministrativa. La ricostituzione dell'ente straniero secondo ogni norma del paese nel quale esso svolge l'attività equivale a negare riconoscimento alla personalità giuridica dell'ente e dunque la sua stessa esistenza. Come anzi detto, infatti, le società esistono solo in virtù della costituzione in un certo sistema, cosicché la mancanza di riconoscimento della personalità di un ente mette in discussione l'esistenza stessa della società.

Oppure è anche possibile che il paese di localizzazione della sede amministrativa ispirato alla teoria della sede reale, in luogo di negare *tout court* riconoscimento all'ente straniero, giunga comunque a tale risultato applicandogli parte della propria disciplina sulle società e dando così vita a una nuova personificazione della stessa⁵⁴. Come già anticipato con riguardo alla sentenza della Corte Suprema tedesca relativa alla capacità giuridica di una società svizzera in Germania, ciò è quanto accadeva in diritto tedesco nel caso in cui una società costituita in base a un diritto straniero avesse in Germania la propria sede amministrativa. A seconda che quest'ultima svolgesse o meno un'attività commerciale, l'ente era qualificato come *offene Handelsgesellschaft* o *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* ed era assoggettato alla disciplina posta rispettivamente nel *HBG* e nel *BGB*. L'ente straniero era, in altre parole, personificato anche dal sistema tedesco nel quale esso svolgeva l'attività ma in una forma diversa da quella prevista dal paese di costituzione, il che equivale a negare in ogni caso riconoscimento alla società.

Poniamo infine il caso in cui una società localizzi la propria sede amministrativa in un ordinamento giuridico che adotti un criterio misto quale quello italiano, lituano, estone e sloveno. In tali casi, gli Stati nei quali le società straniere operano, pur riconoscendo la loro personalità giuridica in virtù del diritto del paese di costituzione, impongono a tali enti un adeguamento alle proprie norme interne. L'adeguamento dello statuto societario di un ente straniero anche solo a talune norme del paese nel quale esso svolga l'attività integra tuttavia parimenti un caso di disconoscimento. La personificazione delle società si sostanzia nella disciplina contenuta nello statuto, cosicché non è possibile distinguere tra l'uno e l'altro aspetto. In virtù della coincidenza tra personalità giuridica e statuto, una società straniera è allora riconosciuta nello Stato ove essa svolge l'attività solo qualora il paese di costituzione attribuisca valore sia alla soggettività dell'ente sia al suo statuto, così come stabilito in base alle regole del paese di costituzione.

A fini comparatistici è interessante rilevare come invece non si incontrano tali difficoltà di coordinamento nel sistema nordamericano. Infatti, come già osservato, tutti gli Stati federati applicano la medesima regola, ossia quella della c.d. *internal affairs doctrine*, la quale individua il diritto applicabile agli enti in funzione del sistema di costituzione. Fatta eccezione per i (limitati) casi di applicazione a società straniere di norme necessarie del paese di attività (ad esempio nello Stato della California e in quello di New York), ogni Stato USA riconosce, in altri termini, gli enti costituiti in altri Stati in base al diritto del sistema di origine, cosicché è in linea di principio esclusa la possibilità che si creino conflitti di leggi.

⁵⁴ L'esempio è di BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale Privato e Diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205 ss.

7. L'applicazione del rinvio al riconoscimento delle società straniere

Il panorama come fino ad ora delineato potrebbe mutare ulteriormente qualora si ammetta l'operare del principio del rinvio in tema di enti giuridici. Nelle tradizioni continentali, questo meccanismo consente all'ordinamento del foro, la cui norma di conflitto abbia indicato un ordinamento giuridico straniero come competente a regolare una certa fattispecie, di prendere in considerazione non solo le norme materiali che in detto sistema provvedono a disciplinare il fatto, ma anche quelle di diritto internazionale privato⁵⁵. In particolare, il funzionamento di tale strumento è reso particolarmente delicato allorché la norma di conflitto del paese richiamato faccia uso di un criterio di collegamento diverso da quello del foro, per tale via richiamando un'altra legge: quella dello stesso Stato di partenza, nel qual caso si avrà un rinvio indietro, oppure quello di un paese terzo, nel qual caso si parla di rinvio oltre o altrove.

In ambito societario, dominato dalla contrapposizione tra teoria dell'incorporazione e della sede reale, l'accettazione del rinvio, indietro od oltre, può comportare allora per uno Stato che accolga la teoria dell'incorporazione l'applicazione in concreto di quella della sede reale, a seguito del rinvio internazionale privatistico disposto dall'ordinamento richiamato. A titolo esemplificativo e presupponendo l'accettazione del rinvio da parte di tutti i sistemi coinvolti, ove il diritto internazionale privato dell'ordinamento B, designato in base al criterio usato nello Stato A ispirato al luogo di costituzione, faccia impiego della teoria della sede reale e la sede amministrativa dell'ente sia localizzata in un paese diverso da quello di costituzione (B), potrebbero configurarsi ipotesi di rinvio indietro all'ordinamento A qualora tale sede sia ivi fissata, o di rinvio oltre a un terzo sistema qualora la sede amministrativa sia stabilita nel territorio di quest'ultimo. Ammesso poi, come rilevato dalla dottrina dominante, che il rinvio indietro in questa fase operi un semplice richiamo delle sole disposizioni materiali (e non conflittuali) del paese del foro⁵⁶, lo Stato A finirebbe con l'applicare alla società la

⁵⁵ Sul rinvio in generale MIGLIAZZA, *Note critiche sul problema del rinvio*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Messineo*, 1959, IV, p. 209 ss.; MONACO, *Voce Rinvio nel diritto internazionale privato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, p. 1 ss.; BOSCHIERO, *Appunti a margine della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1996, p. 225 ss.; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 122 ss.; BALLARINO, *Voce Rinvio (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, p. 1005 ss.; FUMAGALLI, *Rinvio e unità di successione nel nuovo diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento al diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, p. 669 ss.; SFEIR, *Aspects contemporains du renvoi en droit international comparé: conflits de lois et conflits de systèmes*, Bruxelles, 2009. Per un'analisi comparata SYMEONIDES, *Private International Law at the End of the 20th Century. Progress or Regress? XVth International Congress of Comparative Law*, London, 2000, p. 365 ss.

⁵⁶ Tale soluzione ha l'indubbio merito di evitare quello che la dottrina ha definito essere un circolo chiuso o inestricabile: se si accetta che il rinvio indietro fatto dall'ordinamento straniero

propria legge, quale diritto del luogo della sede amministrativa, e non quello del sistema di costituzione, come invece previsto dalle proprie norme di conflitto. In tali casi, l'ente si vedrebbe, in altri termini, negare riconoscimento tutte le volte in cui esso non sia conforme alla *lex fori*, e cioè sebbene il paese A avrebbe concluso per il riconoscimento della società sulla base del solo presupposto della sua costituzione nello Stato B.

Non si pongono invece problemi qualora la società sia costituita secondo il diritto di un sistema che segua la teoria dell'incorporazione e abbia la propria sede amministrativa in un paese ispirato alla teoria della sede reale. In tale circostanza entrambi gli Stati riterrebbero l'ente costituito secondo la propria legge e non invocherebbero la competenza straniera a regolare la società, così venendo a mancare il presupposto stesso per il funzionamento del rinvio. Gli effetti prodotti dal rinvio indietro sul normale funzionamento delle norme di conflitto, ossia l'applicazione della teoria della sede reale per uno Stato che accolga la teoria dell'incorporazione, sono inoltre esclusi quando il sistema richiamato adotti un criterio misto del tipo prescelto, per lo più in passato, dagli ordinamenti giuridici italiano, estone, sloveno e lituano. In tali casi, infatti, il sistema misto richiamato si riterrebbe parimenti competente in virtù del correttivo ispirato alla teoria della sede reale ivi adottato, il quale ammette l'applicazione di (almeno) talune norme della propria legge a enti stranieri che abbiano localizzato la sede amministrativa sul territorio nazionale⁵⁷.

Gli effetti del rinvio appena descritti sono inoltre ridimensionati nella pratica dal fatto che, tra i sistemi giuridici che ammettono il rinvio⁵⁸, solo alcuni ne permettono espressamente il funzionamento in materia societaria. Quest'ultimo è, ad esempio, accettato dalla giurisprudenza francese. In altri casi, l'ammissione discende o dalla non espressa esclusione della materia societaria da quelle cui il

designato a quello del foro rinviante consista, ancora una volta, in un rinvio all'ordinamento nel suo complesso, comprensivo cioè anche delle norme di conflitto, allora si ammette anche che le norme di conflitto del foro richiamate dalla norma straniera rinviino a loro volta ad altra legge straniera e così via. La limitazione del rinvio indietro alle sole disposizioni materiali del paese del foro potrebbe tuttavia non consentire di raggiungere l'armonia delle soluzioni. Così BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 213.

⁵⁷ In tal senso quanto all'ordinamento italiano, LUZZATTO, AZZOLINI, *Società*, cit. p. 149.

⁵⁸ Il rinvio indietro e oltre è generalmente ammesso dalla giurisprudenza in Francia, Lussemburgo, Austria, Bulgaria, Svezia, Regno Unito e Cipro, anche se, in questi ultimi due casi, nella forma del c.d. principio della *foreign court theory*. È inoltre ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza in Belgio, Danimarca, Finlandia. È ammesso dalla legge in Germania, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Slovenia. Ammettono solo il rinvio indietro, la Spagna, la Romania, la Lettonia, la Lituania, l'Estonia e l'Ungheria. Esclude il rinvio indietro e oltre la Grecia. Per quanto concerne Malta e l'Irlanda, non risulta che la giurisprudenza abbia mai tenuto conto della teoria del rinvio o che ne abbia mai fatto applicazione. Per una panoramica dell'uso del rinvio nei vari ordinamenti giuridici nazionali, SAUVEPLANNE, *Renvoi*, in *Private International Law. International Encyclopedia of Comparative Law*, Ch. 6, III, 1990, p. 229 ss.; BOSCHIERO, *Appunti*, cit., p. 213 ss.; SYMEONIDES, *Private International Law*, cit., p. 83 ss.

legislatore non applica il rinvio (Italia⁵⁹, Germania, Finlandia, Lussemburgo) o dal riconoscimento del suo funzionamento senza preclusioni di argomento, come accade in Polonia, Romania, Lettonia, Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Estonia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria. Il rinvio è invece certamente da escludersi per tutti quegli Stati che ne riconoscono l'ammissibilità solo in materie specifiche come, ad esempio, la Lituania (solo in materia di statuto personale), il Portogallo (esclusivamente nei casi tassativamente elencati agli artt. 17 e 18 del codice civile tra i quali non figura la materia societaria) e la Danimarca (qualora espressamente previsto dalla legislazione e, quindi, solo in materia bancaria).

8. Riconoscimento e diritto dell'Unione europea: l'assenza di una disposizione espressa nei trattati UE

Le difficoltà di realizzare il riconoscimento delle società in un sistema diverso da quello di costituzione in virtù delle norme di conflitto e dei criteri di collegamento ivi adottati unilateralmente dagli Stati non possono essere superate invocando l'applicazione di una specifica norma dei trattati UE sul riconoscimento degli enti stranieri, la quale, in virtù del principio di supremazia del diritto comune su quelli interni, prevarrebbe sulle norme di diritto internazionale privato dei paesi membri. Almeno espressamente nessuna norma dei trattati UE si occupa, infatti, della questione del riconoscimento degli enti in uno Stato membro diverso da quello di costituzione. La questione del riconoscimento delle società straniere è, in altri termini, presupposta dai trattati UE come già risolta dai sistemi nazionali in base alle norme di conflitto interne e ai criteri di collegamento ivi adottati.

Il riconoscimento delle società straniere era invero richiamato all'*ex art.* 293 CE, in ogni caso abrogato dal trattato di Lisbona. Tale norma conferiva agli Stati l'onere di avviare negoziati al fine di consentire il mutuo riconoscimento delle società, nonché il mantenimento della loro personalità giuridica in caso di trasferimento di sede all'estero e fusioni transfrontaliere⁶⁰. L'*art.* 293 CE menzionava

⁵⁹ Quanto all'Italia, MUNARI, *Art. 13*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1018 ss., spec. p. 1028 ss. Ammettono il funzionamento del rinvio in materia di enti giuridici, LUZZATTO, AZZOLINI, *Società*, cit., p. 149; BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti*, in COMITATO REGIONALE NOTARILE LOMBARDO (a cura del), *La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano – 25 ottobre 1995*, Milano, 1996, p. 61 ss. spec. p. 68 ss.; BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1085 ss.

⁶⁰ Sull'*art.* 293 CE, v. innanzitutto il parere reso nel 1992 con riferimento all'*ex art.* 220 TCEE da BEITZKE, *Expertise juridique concernant l'art. 220.3 du Traité de Rome*, Doc. CEE 4958/IV/62. In dottrina, CAPOTORTI, *Il diritto di stabilimento delle società nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 1 ss.; SCHWARTZ, *Voie d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne: règlements de la Communauté ou convention entre les Etats*

allora il riconoscimento delle società straniere solo per prevederne la regolamentazione a livello convenzionale e dunque al di fuori del sistema dell'Unione europea, in tal modo confermando, almeno implicitamente, la mancanza – allora come oggi – di una norma dei trattati UE espressamente volta a disciplinare tale questione.

Le società sono tuttavia destinatarie di numerose disposizioni dei trattati UE. L'art. 54.1 TFUE riconosce le società tra i beneficiari della libertà di stabilimento prevista all'art. 49 TFUE, equiparandole alle persone fisiche quando esse siano costituite secondo la legge di un paese membro e abbiano nell'UE la sede sociale, l'amministrazione o il centro dell'attività principale; l'art. 49 TFUE individua tra le modalità di esercizio della libertà di stabilimento la costituzione e la gestione di società (c.d. stabilimento primario), nonché di filiali, agenzie o succursali (c.d. stabilimento secondario); l'art. 50 TFUE, in vista della realizzazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, attribuisce al legislatore UE la competenza a emanare direttive in tema di soppressione delle restrizioni relative alle condizioni di apertura di agenzie, filiali o succursali sul territorio di uno Stato membro, nonché di coordinamento delle garanzie richieste alle società per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi; l'art. 199 TFUE estende l'applicazione delle regole inerenti il diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE anche ai paesi non UE che intrattengono relazioni particolari con alcuni Stati membri; l'art. 62 TFUE realizza l'equiparazione tra persone fisiche e persone giuridiche di cui all'art. 54 TFUE anche per quanto concerne la libera prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE, ossia la fornitura di servizi in Stati diversi da quello di costituzione su base temporanea; l'art. 55 TFUE infine impegna poi ogni paese membro a non discriminare in ragione della nazionalità i cittadini di altri Stati membri quanto alla loro partecipazione finanziaria al capitale delle società⁶¹.

Nonostante quanto sostenuto da una parte della dottrina (per lo più risalente)⁶², non è nemmeno possibile rinvenire in queste norme dei trattati UE e, più

membres?, in *Journal dr. int.*, 1978, p. 751 ss.; BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 205 ss., spec. p. 210. Il fatto che tale norma non sia mai stata usata con successo dagli Stati membri spiega probabilmente la sua eliminazione nel 2009 ad opera del trattato di Lisbona.

⁶¹ Le imprese sono destinatarie anche degli artt. 101-109 TFUE in materia di intese, pratiche restrittive, abuso di posizione dominante e aiuti di Stato. Quanto alla distinzione tra «società» e «impresa», TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, capp. XXVIII (nozione di Impresa), e XXX (nozione di Società) e lo stesso art. 49 TFUE secondo cui le imprese *possono* assumere la forma di società. Inoltre, come correttamente evidenziato da BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie*, cit., p. 569 ss., gli artt. 101-109 TFUE sono volti a garantire il funzionamento del mercato comune in conformità a un certo modello liberoconcorrenziale e definiscono il proprio ambito di applicazione a prescindere dalla legge applicabile all'impresa, cosicché l'analisi delle stesse è esclusa dal presente lavoro.

⁶² In questo senso, BISCHOFF, *Art. 58*, in COSTANTINESCO, JACQUÉ, KOVAR, SIMON (éd.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 303 ss.; LOUSSOUARN, *Le ratta-*

in particolare, nell'art. 54 TFUE⁶³ una norma di conflitto UE. Come si ricorda, quest'ultimo, e già l'art. 48 CE, stabilisce che «le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione o il centro dell'attività principale nell'Unione europea, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo [relative al diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE], alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri». Secondo tale dottrina, la «sede» della società di cui agli artt. 48 CE e 54 TFUE individuerrebbe la legge applicabile agli enti e dunque la nazionalità degli stessi. In altri termini, indicando la «sede» rilevante della società, queste norme assolverebbero alla funzione di stabilire i fattori di contatto degli enti con un *certo* paese membro e quindi il loro diritto applicabile, mediante il quale attuare il riconoscimento delle società in Europa⁶⁴.

L'identificazione in concreto della legge applicabile a una società in base agli elementi di contatto di cui agli artt. 48 CE e 54 TFUE non è tuttavia un'operazione semplice. A differenza delle norme di conflitto nazionali, gli artt. 48 CE e 54 TFUE non fanno riferimento a una certa «sede» in base alla quale identificare il diritto applicabile agli enti, richiamando a ugual titolo la sede statutaria, quella amministrativa o il centro dell'attività principale. Come dimostra l'uso della congiunzione disgiuntiva «o» di cui agli artt. 48 CE e 54 TFUE, tali elementi sono in alternativa tra loro e sono dunque equivalenti per il diritto UE. Inoltre, gli artt. 48 CE e 54 TFUE non richiedono che la «sede» della società, qualunque sia quella rilevante per identificare il diritto applicabile, sia collocata in un determinato paese membro, ossia in quello ove l'ente è «*constituit[o] in base alle [sue] norme*», imponendone invece la localizzazione nell'Unione europea.

Almeno letteralmente l'art. 54 TFUE, e già l'art. 48 CE, non individuano al-

chement des sociétés et la Communauté économique européenne, in AA.VV., *Mélanges offerts à Pierre Henry Teütschen*, Paris, 1984, p. 239 ss. Quest'ultimo in particolare (p. 245) ha sottolineato come il riferimento al criterio della sede reale di cui all'art. 48 CE dovrebbe tuttavia essere ridimensionato nella sua applicazione pratica. Posto che, infatti, l'articolo in esame prevede che tali elementi – sede sociale, sede amministrativa e centro dell'attività principale – siano tra loro in alternativa e che ogni ordinamento nazionale richiede perché si perfezioni il procedimento costitutivo che la società localizzi sul proprio territorio la sede statutaria, se ne dovrebbe desumere che la sola localizzazione di quest'ultima consenta l'esercizio da parte della stessa della libertà di stabilimento.

⁶³ Già in epoca risalente escludeva la natura conflittuale dell'attuale art. 54 TFUE CAPOTORTI, *Le società nella Comunità Europea. Il diritto di stabilimento*, in *Riv. int. scienze economiche e commerciali*, 1974, p. 1112 ss.

⁶⁴ In generale sull'influenza che le libertà di circolazione hanno sulle norme di conflitto nazionali, FALLON, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in FUCHS, MUIR WATT, PATAUT (éd.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 31 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1993, p. 401 ss. Con riferimento alla materia societaria, BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, p. 373 ss.

lora gli elementi di contatto delle società con un *certo* paese membro e la legge applicabile alle stesse, ma identificano il loro collegamento con un *qualsiasi* Stato membro e quindi con l'UE. Ciò è invero comprensibile dato che solo le persone giuridiche che hanno un'aderenza sufficiente con l'Unione possono avvantaggiarsi delle libertà di circolazione. Gli artt. 48 CE e 54 TFUE precisano al riguardo che sono società UE, e in quanto tali beneficiarie del diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, quelle (i) costituite in base alla legge di un *qualsiasi* paese membro e (ii) che abbiano nell'Unione europea (e non in un certo paese) la sede statutaria, la sede amministrativa o il centro dell'attività, elementi che peraltro sono in alternativa tra loro⁶⁵. Ciò posto, l'espressione «*costituite conformemente alla legislazione di uno Stato*» usata agli artt. 48 CE e oggi 54 TFUE richiama allora non una certa teoria internazionalprivatistica, ma più semplicemente la creazione di un ente da parte di ogni Stato in base alle proprie autonome valutazioni e norme giuridiche. Le società possono, infatti, beneficiare delle libertà di circolazione solo qualora siano esistenti e dunque, sussistendo le persone giuridiche solo in funzione di norme che conferiscono sostanza all'ente, quando esse siano validamente costituite in base alle norme di un certo paese membro.

L'assenza di una norma dei trattati UE che, anche solo implicitamente, garantisca il riconoscimento delle società non è tuttavia di poco conto per il funzionamento del mercato unico. L'esercizio di qualsiasi tipo di attività in un paese membro differente da quello di origine – e dunque anche la messa in opera delle libertà di circolazione – presuppone il riconoscimento della società esercente l'attività, cosicché, a fronte delle difficoltà di garantirne il riconoscimento degli enti stranieri attraverso gli strumenti nazionali all'uopo previsti, è la stessa creazione del mercato unico a essere in pericolo. Non è allora un caso che i giudici di Lussemburgo siano stati sollecitati a più riprese a intervenire sul punto. Come si avrà modo di vedere più avanti, la giurisprudenza UE relativa agli artt. 49 e 54 TFUE non è stata tuttavia lineare né di facile lettura. Anzi, proprio le difficoltà di trarre da quest'ultima un quadro univoco quanto ai diritti di circolazione delle società nel mercato unico ha indotto la dottrina a riproporre la tesi che rinveniva nell'art. 54 TFUE, e già nell'art. 48 CE, una vera e propria norma di conflitto comune. Per effetto delle decisioni della Corte di giustizia dell'UE e in funzione delle necessità delle libertà di circolazione, tali norme, che nelle intenzioni dei redattori dei trattati UE si limitano a identificare gli enti beneficiari della libertà di stabilimento, assolverebbero, in altri termini, a una funzione ulteriore, stabilendo i fattori di contatto in base ai quali identificare il diritto applicabile agli enti. L'analisi dettagliata di tale giurisprudenza svolta più avanti in questo capitolo dimostrerà come nemmeno questa tesi sembra tuttavia offrire una soluzione convincente alla mancanza nei trattati UE di una norma esplicita sul riconoscimento delle società.

⁶⁵ Così espressamente BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie*, cit.

9. *Il tentativo d'introdurre criteri di collegamento uniformi: la Convenzione di Bruxelles del 1968*

Situazioni di conflitto tra leggi nazionali quali quelle generate in punto di riconoscimento di società straniere possono essere superate imponendo l'uso di un criterio di collegamento uniforme e condiviso nell'UE. In tal caso, sarebbe indicata come regolatrice di una medesima società sempre la stessa legislazione, e ciò a prescindere dalla coincidenza di contenuti delle norme sostanziali richiamate, le quali potrebbero essere anche diverse l'una dall'altra.

Come noto, un primo tentativo in questa direzione è stato fatto dagli Stati già nel 1968 con la Convenzione di Bruxelles inerente per l'appunto il reciproco riconoscimento delle società⁶⁶. Tale Convenzione trovava la propria base normativa nell'ormai abrogato art. 293 CE, il quale, come anzi detto, imponeva agli Stati contraenti proprio di avviare a livello intergovernativo dei negoziati al fine di realizzare il reciproco riconoscimento delle persone giuridiche.

La Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 non è però mai entrata in vigore a seguito della mancata ratifica di uno degli allora sei Stati membri della Comunità economica europea, ossia i Paesi Bassi. Questi ultimi ritenevano che l'adozione del regime convenzionale venuto a delinearsi fosse incompatibile con i propri principi di diritto internazionale privato. In effetti, la Convenzione, pur stabilendo quale regola generale che «sono riconosciute di diritto le società costituite in conformità della legge di uno Stato contraente che conferisca loro la capacità di essere titolare di diritti e di obblighi ed aventi la sede statutaria nel territorio a cui si applica la Convenzione», riservava a ogni paese contraente la facoltà di applicare le proprie norme, peraltro tanto imperative quanto solo suppletive, a società straniere che, pur costituite e con sede statutaria in un altro Stato contraente, avessero localizzato la sede amministrativa sul territorio di un paese diverso da quello di costituzione (art. 4). Poiché la maggior parte degli Stati che allora aveva ratificato la Convenzione, in quanto ispirati alla teoria della sede reale, aveva dichiarato che avrebbe fatto uso di questa riserva – così l'Italia, il Bel-

⁶⁶ La Convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, firmata a Bruxelles il 29 febbraio 1968, è pubblicata in *Boll. Com. Eur., Suppl. 2/69*. In dottrina, CEREXHE, *La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la Communauté économique européenne*, in *Rev. marché commun*, 1968, p. 578 ss.; DIEU, *La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans les Communautés Européennes*, in *Cab. dr. eur.*, 1968, p. 532 ss.; GOLDMAN, *Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales*, in *Rev. marché commun*, 1969, p. 712 ss.; DROBNIG, *La Convenzione CEE sul riconoscimento reciproco delle società e delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, p. 513 ss.; SIMONETTO, MASCHIO, *Reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche nell'ambito della CEE*, Padova, 1978; TIMMERMANS, *The Convention of 29 February 1968 on the Mutual Recognition of Companies and Firms. A Few Comments from the European Law Point of View*, in *Netherlands int. law rev.*, 1979, p. 357 ss.; DIEPHUIS, *Recognition of Foreign Companies and Bodies Corporate*, *ibidem*, 1980, p. 347 ss.

gio, la Francia, il Lussemburgo e la Germania – il criterio della legge del luogo di costituzione e la teoria dell'incorporazione, ai quali aderivano i Paesi Bassi, sarebbero scomparsi a profitto della teoria della sede reale.

10. *La questione della competenza UE in materia di diritto internazionale privato delle società e la proposta tedesca sulla legge applicabile alle società*

A seguito dell'abbandono della ratifica della Convenzione di Bruxelles, la quale oggi non è nemmeno più considerata parte dell'*aquis* dell'Unione europea in casi di adesione di nuovi Stati⁶⁷, nuovo impulso alla questione del riconoscimento delle società è stato dato nel 2006 da un gruppo di studiosi in seno al *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* attraverso l'elaborazione di una proposta di regolamento UE sulla legge applicabile alle società.

Tale proposta presuppone innanzitutto che l'UE disponga di una competenza sia generale in materia di diritto internazionale privato sia più specifica in ambito societario. Nonostante, a seguito dell'attribuzione all'Unione della facoltà di promuovere la «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di competenza giurisdizionale» di cui agli artt. 61 e 65 CE e oggi 81 TFUE, sia ormai consueto parlare di comunitarizzazione del diritto internazionale privato, è ancora controverso quale sia l'esatta portata di tale competenza e, più in particolare, se il diritto societario rientri nell'ambito di applicazione di tale norme⁶⁸.

Gli argomenti a sostegno dell'esclusione della materia societaria dai settori nei quali l'UE ha la facoltà di promuovere la «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge», formulati già all'indomani del tratta-

⁶⁷ Così, BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie*, cit., p. 569 ss.

⁶⁸ Sull'ambito di applicazione dell'allora diritto della Comunità europea in materia di diritto internazionale privato in virtù dell'ex art. 65 CE, KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1999, p. 1 ss.; POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European conflict of laws revolution»*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.; KOUTBY, *External Competence of the European Community in the Hague Conference on Private International Law: Community Harmonisation and Worldwide Unification*, in *Netherlands int. law rev.*, 2001, p. 1 ss. spec. p. 4; BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 261 ss.; ID., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 671 ss.; ID., *Lo sviluppo delle competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in ID., *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2ª ed., 2009, p. 3 ss.; PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice, Bruxelles*, 2003, p. 295 ss.; MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionali privatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 913 ss.

to di Amsterdam con riferimento all'*ex art.* 65 CE, sono stati, infatti, solo parzialmente superati dalle modifiche apportate dal trattato di Lisbona. L'abrogazione dell'*art.* 293 CE, peraltro ridimensionato nella sua applicazione già dalla giurisprudenza UE⁶⁹, ha permesso in particolare di escludere che la competenza in materia di conflitti di legge in tale settore fosse compresa solo in tale norma, la quale conferiva ai (soli) Stati l'onere di avviare negoziati per consentire il riconoscimento delle società, e fosse dunque soggetta esclusivamente al metodo intergovernativo e riservata agli Stati. La nuova collocazione dell'*art.* 65 CE e oggi 81 TFUE in un capo autonomo (il n. 3) e non più nel titolo IV relativo a «visti, asilo e immigrazione» ha inoltre consentito di superare il limite più volte invocato dell'operatività delle predette norme solo in questa materia⁷⁰, con conseguente esclusione del settore societario da quelli nei quali la UE avrebbe potuto adottare norme di diritto internazionale privato. Il fatto tuttavia che il riferimento alla «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge» previsto, dopo il Trattato di Lisbona, alla lett. *c* dell'*art.* 81 TFUE rientri nella «cooperazione giudiziaria in materia civile» sembra confermare la volontà di circoscrivere l'intervento UE in materia di diritto internazionale privato solo a quest'ambito. A fine di stabilire se le istituzioni dell'Unione abbiano la facoltà di promuovere la «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge» di cui alla lett. *c* dell'*art.* 81 TFUE in materia societaria è allora necessario chiarire che cosa i redattori dei trattati UE intendano per «cooperazione giudiziaria in materia civile».

Il secondo paragrafo dell'*art.* 81 TFUE contiene invero un elenco di materie «civili», prevedendo che «il Parlamento e il Consiglio, al fine di sviluppare una cooperazione con implicazioni transnazionali, possono adottare misure intese a ravvicinare le disposizioni degli Stati membri volte a garantire: *a*) il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali; *b*) la notificazione e la comunicazione transnazionali degli atti giudiziari ed extragiudiziali; *c*) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; *d*) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; *e*) un accesso effettivo alla giustizia; *f*) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di

⁶⁹ Nella sentenza 5 novembre 2002, causa 208/00, *Überseering*, punto 54, la Corte di giustizia ha affermato che «... l'*art.* 293 CE non costituisce una riserva di competenza legislativa nelle mani degli Stati membri. Se questa disposizione invita gli Stati membri ad avviare negoziati al fine, in particolare, di facilitare la soluzione dei problemi derivanti dalla diversità delle normative relative al reciproco riconoscimento delle società e al mantenimento della loro personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese all'altro, è solo per quanto occorra, ossia nell'ipotesi in cui le disposizioni del Trattato non consentano di realizzare gli obiettivi dello stesso».

⁷⁰ In tal senso, LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in BARIATTI, VENTURINI (a cura di), Liber Fausto Pocar. *Nuovi strumenti di diritto internazionale privato e processuale*, II, Milano, 2009, p. 613 ss., spec. pp. 614-617.

procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari». Fatta eccezione per il diritto di famiglia di cui al secondo paragrafo dell'art. 81.2 TFUE – «le misure relative al *diritto di famiglia* sono stabilite dal Consiglio che delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo» – la norma in esame si limita, in altri termini, a indicare le aree di competenza dell'Unione europea solo in funzione dell'obiettivo da raggiungere (il riconoscimento delle decisioni, la notifica degli atti, l'assunzione delle prove etc. etc.), senza individuare specifiche branche del diritto. Il fatto che la materia societaria non sia menzionata all'art. 81 TFUE non sembra allora costituire un ostacolo a iniziative dell'Unione europea in questo settore. L'elenco delle materie contenuto agli artt. 65 CE e 81 TFUE, peraltro per sua natura non esaustivo, non ha inoltre mai condizionato l'intervento delle istituzioni dell'Unione. Anzi, l'analisi dell'azione del legislatore UE in tale ambito mostra come in alcuni casi essa abbiano investito anche settori di cui parte della dottrina dubitava persino che l'Unione possedesse una competenza, quali le successioni e i testamenti, il matrimonio e il divorzio o ancora i rapporti patrimoniali tra coniugi⁷¹.

L'interpretazione estensiva della competenza europea di cui agli artt. 65 CE e oggi 81 TFUE trova conferma anche nell'interpretazione parimenti estensiva dei parametri ivi indicati per definire la latitudine dell'intervento UE, ossia (i) il fatto che la cooperazione giudiziaria abbia «implicazioni transnazionali» e (ii) che l'intervento del legislatore UE sia «in particolare ... necessario al buon funzionamento del mercato interno». Il criterio che prevede la sussistenza di «implicazioni transfrontaliere» è stato, ad esempio, inteso come comprensivo anche dei casi collegati a paesi terzi. Come emerge dal Consiglio GAI del 19 e 20 aprile 2007, tale espressione è, infatti, da intendersi estensivamente come sinonimo di «elemento internazionale» e non invece restrittivamente come «elemento *intra-UE*». Quanto al secondo parametro, il quale subordina l'azione del legislatore UE «al corretto funzionamento del mercato interno», è necessario rilevare come il trattato di Lisbona, sostituendo la formula «per quanto necessario» stabilita all'art. 65 CE con «in particolare se necessario» prevista all'art. 81 TFUE, abbia proceduto a un ampliamento della stesso⁷². L'intervento UE, certamente possibile qualora esso sia «*in particolare*» volto a garantire il corretto funzionamento del mercato interno, è *a contrario* ammesso anche quando esso non sia strettamente connesso allo stesso. Anche considerato che, come anzi detto, il riconoscimento delle società straniere è una condizione essenziale per l'esercizio dei

⁷¹ In tal senso, LUZZATTO, *Riflessioni*, cit., p. 615. Sulla probabile mancanza di competenza dell'Unione in materia di famiglia, BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007.

⁷² In senso conforme, BARIATTI, *Lo sviluppo delle competenze comunitarie*, cit., spec. p. 10. *Contra*, LUZZATTO, *Riflessioni*, cit. anche se antecedente all'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

diritti di circolazione da parte delle società europee e la realizzazione del mercato unico, pare allora difficile dubitare della competenza dell'Unione europea a promuovere la «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge» in materia societaria.

In effetti, la sussistenza di questa competenza sembra già presupposta dalla Commissione europea e, più di recente, dal Gruppo di esperti nominato da quest'ultima nel 2011 per definire le strategie future del diritto UE delle società. Il fatto che entrambi abbiano affermato che l'adozione di un atto UE sulla legge applicabile alle società sia una priorità per l'Unione europea nel caso di spostamento all'estero della sede statutaria significa, infatti, ammettere che l'Unione disponga di una competenza in questo campo, ancora da esercitarsi quanto alle società nazionali⁷³. Tale competenza sembra inoltre presunta anche dal Consiglio europeo. Nel programma di Stoccolma del 2009 su un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini⁷⁴, quest'ultimo ha, infatti, sollecitato la Commissione europea a elaborare una proposta UE sul diritto applicabile alle società nazionali, la quale è attualmente allo studio dell'esecutivo UE⁷⁵.

11. Segue: la determinazione della legge applicabile alle società nella proposta tedesca sulla legge applicabile alle società

Presupponendo che, come pare corretto fare, l'UE disponga di una competenza internazionalprivatistica anche in ambito societario e limitando l'esame della proposta tedesca agli aspetti connessi alla determinazione della legge applicabile alle società, è da rilevare in via preliminare come l'art. 2 della stessa, a differenza della vecchia Convenzione di Bruxelles del 1968, proponga non un unico criterio di collegamento, bensì una serie di criteri, tra i quali non figura mai quello della localizzazione della sede amministrativa usato dalla teoria della sede reale⁷⁶. L'esclusione di tale criterio è invero comprensibile e auspicabile dato che, come

⁷³ Così il discorso del 3 ottobre 2007 del Commissario McCreevy al Parlamento europeo (07/592) e il Rapporto del Gruppo di riflessione sul futuro del diritto societario europeo del 5 aprile 2011 reperibile sul sito della Commissione UE ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

⁷⁴ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini* (2010/C115/01).

⁷⁵ Tale intenzione della Commissione è stata espressa nella relazione introduttiva alla proposta di dodicesima direttiva sulle società a responsabilità limitata unipersonali (COM(2014) 212 del 9 aprile 2014).

⁷⁶ Per un commento a tale proposta di regolamento, KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 657 ss. ove ne è anche riportato il testo (p. 271 ss.); ID., *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato*, in BARIATTI, VENTURINI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, cit., II, p. 549 ss.

già evidenziato, esso conduce con più facilità rispetto ad altri all'applicazione, peraltro integrale, del diritto del paese di ubicazione della sede amministrativa anche nei confronti di enti già costituiti in altri Stati, il che comporta a sua volta il disconoscimento delle società straniere e rende loro impossibile operare in paesi differenti da quelli di costituzione.

In particolare, qualora le società siano iscritte in pubblici registri, la proposta prevede che gli enti siano disciplinati dalla legge del paese in cui essi sono iscritti in un pubblico registro (comma 1 dell'art. 2). Al riguardo, la prima direttiva societaria⁷⁷ impone a ogni società di capitali di pubblicare l'atto costitutivo nel registro delle imprese. Tale adempimento rende conoscibile ai terzi i dati essenziali della società ed è così un elemento necessario del procedimento costitutivo dei principali tipi societari usati nell'UE, ossia delle società per azioni e a responsabilità limitata. La regola di cui all'art. 2.1 della proposta tedesca è allora applicabile essenzialmente a tali tipi societari.

La proposta presuppone inoltre che tale iscrizione avvenga nello stesso paese in cui è localizzata la sede statutaria, cosicché è esclusa la possibilità di dissociare legge applicabile, luogo di registrazione e sede statutaria di uno stesso ente⁷⁸. La scelta del criterio del luogo di registrazione in luogo di quello classico dell'incorporazione è auspicabile in quanto esso dovrebbe facilitare anche lo spostamento di sede statutaria all'estero con cambiamento della legge applicabile, ossia un'operazione che, a seguito della sentenza *Cartesio* della Corte di giustizia⁷⁹, costituisce una modalità di realizzazione della libertà di stabilimento primario di cui all'art. 49 TFUE. Mentre, infatti, il mutamento del luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione usato dalla classica teoria dell'incorporazione, essendo un fatto storico, è sempre impossibile, l'uso del luogo di registrazione permette di cambiare il diritto applicabile agli enti durante tutta la vita della società (tale criterio è usato in Svizzera e in Ungheria, nonché probabilmente anche dal sistema italiano).

Il funzionamento del criterio del luogo di registrazione, che ben si attaglia a tipi societari che acquistano personalità giuridica (solo) con l'iscrizione nel registro delle imprese (di regola le società di capitali), potrebbe però condurre a situazioni conflittuali tutte le volte in cui un ente (i) sia ritenuto esistente anche in un momento precedente l'iscrizione nel registro delle imprese e (ii) tale iscrizione avvenga successivamente in un paese membro diverso⁸⁰. In presenza di tali

⁷⁷ La prima direttiva 68/151, GUCE L 65 del 14 marzo 1968, è stata sostituita più di recente dalla direttiva 2009/101, GUUE L 258 del 1 ottobre 2009.

⁷⁸ Sulla necessità in generale di tale coincidenza RICKFORD, *Current Development in European Law on Restructuring of Company: An Introduction*, in *Eur. bus. law rev.*, 2004, p. 1225 ss.; MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 53.

⁷⁹ Sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-210/06.

⁸⁰ Sulle c.d. società in formazione, ossia le società per azioni nel periodo che va dalla stipulazione dell'atto costitutivo all'iscrizione nel registro delle imprese, PORTALE, *Conferimento in natu-*

circostanze, le quali sono in ogni caso da considerarsi ipotesi limite, il conflitto che ne nascerebbe potrebbe essere risolto sulla base di un criterio temporale. Posto che la legge di cui all'art. 2.1 della proposta tedesca è applicabile solo *dal momento* dell'effettiva iscrizione, l'ente, *fino alla* sua iscrizione, sarebbe retto dal diritto indicato dal secondo comma della medesima norma con riferimento alle società non iscritte in un pubblico registro e quindi per lo più a quelle semplici. Quanto a queste ultime, la proposta, presumendo che una società che opera in base a un certo sistema sia anche organizzata in base a quest'ultimo, rinvia alla legge dello Stato in base alla quale esse sono *di fatto organizzate* (prima frase del secondo comma dell'art. 2).

Quando infine una società non disponga di un'organizzazione, la seconda frase del secondo comma dell'art. 2 della proposta tedesca prevede l'applicazione delle norme di conflitto normalmente applicabili in materia di obbligazioni contrattuali. Sul presupposto che una società priva di organizzazione non sia altro che un rapporto obbligatorio, la proposta rinvia allora alla disciplina della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e oggi al regolamento 593/2008 (c.d. Roma I)⁸¹. E ciò nonostante sia l'art. 1.2 lett. *e* della convenzione sia l'art. 1.2 lett. *f* di Roma I escludano al momento dal funzionamento delle norme di conflitto proprio la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento di società, associazioni e persone giuridiche. La scelta di coordinare le disposizioni relative alle società previste negli atti UE in materia di conflitti di legge e giurisdizione, anche attraverso la modifica del regolamento Roma I, ha il merito di creare maggior uniformità tra gli atti comuni adottati sulla base dell'art. 81 TFUE concernenti le società ed è dunque auspicabile.

Nonostante tale proposta, la Commissione europea, forse ritenendo più opportuno concentrare la propria attenzione su proposte verso la quale gli Stati hanno mostrato più interesse e meno timori, ha per molto tempo preferito non occuparsi delle questioni inerenti la legge applicabile alle società nazionali. Anche il Gruppo di esperti nominato dall'esecutivo UE nel 2011 per riflettere sul futuro del diritto societario ha auspicato un intervento solo funzionale alla realizzazione del trasferimento di sede da un paese membro all'altro con cambiamento del diritto applicabile⁸². Nella relazione alla proposta di direttiva sulla

ra ed effettività del capitale nelle "società per azioni in formazione", in *Riv. soc.*, 1994, p. 1 ss.; BELTRAMI, *La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in ABBADESSA, PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, p. 353 ss.

⁸¹ Regolamento 593/2008 del 24 luglio 2008, *GUUE* L 177 del 4 luglio 2008. Sull'iter d'adozione di questo atto UE, UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008. Sul regolamento, FERRARI, LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009; MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, 2015.

⁸² Rapporto del Gruppo di riflessione del 5 aprile 2011, cit., p. 23.

Societas unius personae (SUP) del 2014⁸³, di cui si parlerà oltre in questo capitolo, la Commissione europea ha tuttavia annunciato di lavorare parallelamente a una proposta sul diritto applicabile alle società. In effetti, l'elaborazione di una proposta in tal senso era stata sollecitata dal Consiglio europeo già nel programma di Stoccolma del 2009. Inoltre, probabilmente al fine di valutare la propensione degli Stati membri ad adottare regole condivise sulla legge applicabile alle società, l'esecutivo UE ha inserito nella proposta di direttiva SUP del 2014 alcune norme di conflitto (artt. 7.4, 10 e 14 SUP). Come si avrà modo di vedere nel prosieguo, il Consiglio, in sede di revisione della proposta, ha tuttavia modificato proprio tali norme, eliminando o circoscrivendo alcune delle novità della proposta, nonché evitando ancora una volta scelte chiare in materia.

12. Segue: la determinazione della legge applicabile nei regolamenti sulle società sopranazionali

La questione dell'individuazione della legge applicabile è stata affrontata dal legislatore UE in sede di elaborazione e di adozione dei regolamenti istitutivi la Società europea (SE)⁸⁴ e la Società cooperativa europea (SCE)⁸⁵, nonché nella

⁸³ COM(2014) 212 cit.

⁸⁴ Regolamento 2157/2001 dell'8 ottobre 2001 (GUUE L 294 del 10 novembre 2001 modificato in ultimo dal regolamento 517/2013 del 13 maggio 2013 GUUE L 158 del 10 giugno 2013) relativo allo statuto della Società europea (SE). In dottrina tra i tanti autori che, soprattutto immediatamente dopo l'adozione del regolamento, si sono occupati della SE, WOUTERS, *European Company Law: Quo vadis?*, in *Comm. mark. law rev.*, 2000, p. 257 ss.; HOPT, *The European Company (SE) Under the Nice Compromise: Major Breakthrough or Small Coin of Europe?*, in *Euredia*, 2000, p. 465 ss.; BLANQUET, *Enfin la société européenne: la SE*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2001, p. 65 ss.; BIANCA, *La società europea: considerazioni introduttive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2002, p. 453 ss.; POCAR, *Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 585 ss.; MALATESTA, *Il regolamento CE 2157/2001 sulla società europea: il difficile parto di una forma societaria comunitaria*, in DRAETTA, POCAR (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano, 2002, p. 5 ss.; ID., *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla Società Europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 613 ss.; LUBY, *La Societas europaea (SE): beaucoup de bruit pour rien*, in *Dr. soc.*, 2002, p. 4 ss.; EBERT, *The European Company on the Level Playing Field of the Community*, in *Eur. bus. law rev.*, 2003, p. 183 ss.; WERLAUFF, *The SE Company: A New Common European Company from 8 October 2004*, in *Eur. bus. law rev.*, 2003, p. 85 ss.; ID., *Societas Europaea Sum*, in *Eur. company law*, 2004, p. 110; RESCIO, *La Società europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 965 ss.; BOULOUKOS, *Le régime juridique de la société européenne (SE): vers une société européenne à la carte*, in *Rev. dr. aff. int.*, 2004, p. 489 ss.; ABRAHAM, PASCAL, *La société européenne: le régime juridique fixé par les textes communautaires*, in *Petites affiches*, 2004, p. 7 ss.; MAGNIER, *La société européenne en question*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2004, p. 555 ss.; KÜBLER, *A Shifting Paradigm of European Company Law?*, in *Columbia journal eur. law*, 2005, p. 219 ss.; CORAPI, *Società Europea: fonti comunitarie e modelli nazionali*, Torino, 2011.

⁸⁵ Regolamento 1435/2003 del 22 luglio 2003 (GUUE L 207 del 18 agosto 2003) relativo allo

proposta di regolamento inerente la Società privata europea (SPE)⁸⁶. Si tratta, come noto, di tipi societari transnazionali fondati su atti UE e non invece su leggi degli Stati membri. Queste ultime trovano in effetti applicazione esclusivamente in via sussidiaria per tutti quegli aspetti della SE, della SCE e della SPE non espressamente disciplinati a livello comune dai rispettivi regolamenti istitutivi.

Quanto all'individuazione della legge applicabile, gli artt. 3.1 SE, 8.1 SCE e 4 SPE stabiliscono che, per gli aspetti non coperti dall'intervento UE, tali enti sopranazionali sono regolati dalla disciplina dettata specificamente per la SE, la SCE e la SPE dalla *legge dello Stato membro in cui esse hanno la «sede sociale»* («registered office» in inglese; «siège social» in francese; «sitz» in tedesco) o, nel caso in cui i paesi membri non abbiano previsto una disciplina specifica per tali enti sovranazionali, di quella stabilita per le società nazionali di ugual tipo e quindi per le società per azioni, cooperative o a responsabilità limitata.

Pur nell'incertezza derivante dal riferimento alla «sede sociale», la cui genericità lascerebbe spazio anche alla sede amministrativa, tale espressione deve essere intesa come sinonimo di *sede statutaria*⁸⁷. Gli artt. 7 SE e 6 SCE stabiliscono, infatti, che «la sede sociale deve essere situata nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale». La «sede sociale» di cui all'art. 3.1 SE e 8.1 SCE non coincide quindi con quella amministrativa ma deve essere solo localizzata nel medesimo paese membro di quest'ultima. Se dunque la «sede sociale» non è quella amministrativa, il riferimento alla «legge dello Stato membro in cui [la SE e la SCE] hanno la sede sociale» deve essere inteso come la legge del paese in cui è localizzata la sede statutaria, la quale deve coincidere con quella dello Stato membro ove è ubicata la sede amministrativa. Il legislatore dell'Unione europea ha scelto, in altri termini, di usare la teoria dell'incorporazione per individuare la (residuale) legge applicabile alla SE, della SCE e della SPE.

Né invero l'obbligo di collocare e mantenere nello stesso Stato, ma non necessariamente nella medesima località all'interno dello stesso paese, la sede amministrativa e quella statutaria ai sensi degli artt. 7 SE e 6 SCE, pena lo scioglimento della società ai sensi degli artt. 64.2 SE e 73.2 SCE, sembra dover indurre ad assimilare il criterio adottato nei regolamenti SE e SCE alla teoria della sede reale, la quale, come anzi detto, richiede proprio la coincidenza tra queste due sedi⁸⁸. Quest'obbligo

statuto della Società cooperativa europea (SCE). In dottrina, CERIONI, *The European Company Statute (SE) and the Statute for a European Cooperative Society (SCE): A Comparison Between the Two New Supranational Vehicles*, in *Eur. legal forum*, 2004, p. 296 ss.; MANZINI, *Società cooperativa europea e diritto di stabilimento*, in FILI, GALLETTI (a cura di), *Società cooperativa europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana? Atti del Convegno presso la Facoltà di Economia di Trento del 24 giugno 2005*, Università degli Studi di Trento, 2006, p. 27 ss.

⁸⁶ Proposta di regolamento relativo allo statuto della Società privata europea (SPE), COM (2008)396.

⁸⁷ In tal senso già MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 74 ss.

⁸⁸ Per una analisi pratica sulla costituzione e sul trasferimento di sede della SE nei paesi mem-