

**TRATTATO DI DIRITTO INTERNAZIONALE
PRIVATO E COMUNITARIO**

diretto da Filippo Preite
UTET - Torino 2011

Ugo Bechini

**LEGGE APPLICABILE ALLE SEDI
SECONDARIE DI SOCIETÀ STRANIERE**

SOMMARIO

1.	Introduzione	1
2.	Il quadro internazionalprivatistico	6
3.	La sede secondaria in generale	10
4.	La società extracomunitaria con sede secondaria in Italia	11
4.1	Le società “nazionalizzate”	11
4.2	Le sedi secondarie “pure”	12
4.2.1	Il diritto straniero applicabile alle sedi secondarie “pure”	12
4.2.2	Il diritto italiano applicabile alle sedi secondarie “pure”	17
4.2.2.1	(<i>segue</i>) Pubblicità	18
4.2.2.2	(<i>segue</i>) Profili documentali	21
5.	La società dell'Unione con sede secondaria in Italia	24
5.1	Giurisprudenza comunitaria	25
5.1.1	Commissione/Francia	25
5.1.2	Segers	26
5.1.3	Daily Mail	27
5.1.4	Centros	29
5.1.5	Überseering	33
5.1.6	Inspire Art	35
5.1.7	Cartesio	36
5.2	Società dell'Unione: sintesi del quadro normativo	37
5.3	Conclusione	41

1. INTRODUZIONE

Il modello organizzativo basato sull'istituzione in Italia di una sede secondaria da parte di una società straniera non ha mai goduto di una particolare popolarità. Le imprese estere ricorrono per lo più, come è noto, alla creazione di società di diritto italiano controllate, le quali presentano alcuni considerevoli vantaggi, il più evidente dei quali è l'opportunità di offrire ai soggetti che operano nel mercato italiano un paradigma familiare di interazione, eliminando le incertezze e le perplessità che possono derivare dal contrattare o comunque rapportarsi con un soggetto la cui struttura è tendenzialmente sconosciuta¹. Un'eccezione è rappresentata dalle Banche di altri Paesi dell'Unione, che agendo nel nostro territorio attraverso sedi secondarie possono evitare in buona parte gli oneri connessi alla creazione di una Banca di diritto italiano². Nel linguaggio dell'Unione Europea, le società controllate vengono dette *filiali*, mentre le sedi secondarie appartengono alla categoria delle cosiddette *succursali*.

Elemento caratterizzante della sede secondaria è la sussistenza, nel territorio italiano, di un nucleo imprenditoriale dotato di stabile rappresentanza e di un qualche significativo grado di autonomia decisionale. La figura deve tenersi distinta, da un lato, come appena accennato, dalla creazione di un soggetto giuridico formalmente distinto e, dall'altro, con l'esercizio di attività nel nostro Paese, senza insediare un'organizzazione provvista dei requisiti appena accennati³.

-
- 1 La giurisprudenza della Corte dell'Unione, in particolare in *Centros* ed *Inspire Art* (infra, punti 5.1.4 e 5.1.6) tende in effetti ad affermare, più o meno indirettamente, che incombe sui terzi l'onere della conoscenza della normativa applicabile ad una società straniera stabilmente operante sul mercato domestico. Nella tradizione internazionalprivatistica è ben radicato però anche un altro approccio, che si fa risalire al celeberrimo *Arrêt Lizardi* della Cassation francese, *Chambre des requêtes*, 16 gennaio 1861. Un cittadino messicano, ventitreenne ma ancora minorenni secondo la sua legge nazionale, aveva compiuto importanti acquisti presso commercianti francesi che in buona fede ignoravano la sua minore età. La Cassation rifiutò di annullare i relativi contratti, ed enunciando con invidiabile franchezza la sua policy osservava: *il convient d'apporter à l'application du statut étranger des restrictions et des tempéraments sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français*.
 - 2 Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385 *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.)* art. 15 comma 3, a confronto con l'art. 14 comma 4 in materia di soggetti extracomunitari. Analoghe disposizioni si incontrano per le imprese assicurative e finanziarie.
 - 3 Sulla peculiare figura del raccomandatario marittimo, si veda CAGNASSO O. ED IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica - Società in accomandita per azioni - Società a responsabilità limitata - Trasformazione e fusione di società - Società estere*, in *Giur. Sistem. Civ. e Comm. fondata da Bigiavi*, 2^a ed., Torino, 1990, 503

Le vicende giuridiche della sede secondaria non incidono sul riconoscimento della società in quanto tale, quale soggetto di diritto. Tale questione trova soluzione su un piano diverso. Intenso fu il dibattito nel vigore del sistema internazionalprivatistico anteriore al SIDIP, legge 218/1995. La soluzione che aveva finito col prevalere attribuiva un ruolo, per così dire, di primo sbarramento all'articolo 16 delle Preleggi. I soggetti che superino il test della reciprocità dettato dall'articolo 16⁴ vedevano e vedono riconosciuta la loro soggettività indipendentemente da ogni ulteriore elemento e considerazione: si è confermato insomma nel tempo un assetto che, a ben vedere, era già proprio del Codice di Commercio del 1882⁵. A fianco della disposizione delle Preleggi (ed anzi, in posizione, com'è noto, di priorità) vanno pure tenute pure presenti le convenzioni internazionali che frequentemente prevedono il mutuo riconoscimento delle società (e di altri enti) di entrambe gli Stati contraenti.

Una volta operato il riconoscimento, su un livello successivo si pone quello di disciplinare il soggetto così riconosciuto. Volendo proporre una mappatura di base⁶, si possono distinguere i soggetti che il nostro ordinamento:

- *crea*: i soggetti che nascono all'interno dell'ordinamento italiano, estranei al tema di queste pagine;
- *riconosce*: si tratta, in definitiva, della totalità dei soggetti creati da qualunque ordinamento, conformemente ai propri valori ed alle proprie regole, che potranno essere in maggiore o minor misura assimilabili (poco importa) a quelle dell'ordinamento italiano: la venuta ad esistenza dell'ente rileva come fatto storico obiettivamente avvenuto. L'unico circoscritto limite a tale riconoscimento è quello operato dall'articolo 16 Preleggi, laddove non derogato da convenzioni internazionali. Ciò è in evidente sintonia con lo spirito di un sistema che, soprattutto dopo la riforma operata dal SIDIP, appare massimamente aperto (ed anzi talvolta in misura giudicata da qualcuno, non del tutto a torto, eccessiva) nei confronti dei valori espressi dagli ordinamenti stranieri, e non solo comunitari: nei confronti di questi ultimi, una

4 Diverse le considerazioni di BALLARINO T., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Tratt. Colombo - Portale*, Torino, 1994, 160.

5 Artt. 230, 231 e 232.

6 Ispirata a BENEDETTELLI M.V., in BARIATTI S. (a cura di), *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995 n. 218)*, sub art. 25, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1121.

disponibilità pressoché totale è, come si vedrà, addirittura doverosa;

- *disciplina*: con variabile intensità. A partire dall'integrale soggezione alla legge italiana dei soggetti incorporati in Italia, la legislazione materiale italiana si applica, in misura decrescente, ai soggetti creati all'estero ma che abbiano in Italia l'oggetto principale della propria attività, ai soggetti provvisti di sede secondaria in Italia, e sotto qualche speciale profilo ai soggetti che esercitino in Italia attività occasionale. Ciò che è interessante da subito osservare, è che tale sorta di dissolvenza si presenta più come una sorta di continuum, che come una sequenza di stadi discreti. In effetti, la sottoposizione alla legge italiana di cui all'articolo 25 SIDIP, primo comma secondo periodo, non può dirsi (a dispetto del tenore della norma ⁷) integrale, così come neppure si applicherà sempre in toto la disciplina straniera eventualmente richiamata dalla prima parte della medesima norma. All'interprete si pone non di rado il problema di dover ricostruire la disciplina componendo ed armonizzando elementi provenienti da più ordinamenti: compito, ben s'intende, non tra i più facili.

Si è adottata sinora l'anòdina espressione *soggetti*, e sul punto s'impone ora una precisazione. A quali soggetti diversi dalle persone fisiche si applica la normativa qui in esame?

Un primo punto di riferimento è rappresentato dall'articolo 25 SIDIP. La norma assume testualmente a proprio oggetto *le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa*. La formulazione raccoglie entro la sua area semantica ogni soggetto diverso dalla persona fisica ⁸. Si accomunano ipotesi di grande eterogeneità: si prescinde anche, per precisa indicazione testuale, da un background plurisoggettivo, elemento che in passato era stato al centro di una memorabile vicenda giurisprudenziale, quella che aveva riguardato le *Anstalten* di diritto del Liechtenstein ⁹. D'altra parte la plurisoggettività ha perduto nel tempo, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, larga parte della

7 Si veda al punto 4.1.

8 LICINI C., *Persone Giuridiche*, in IEVA M. (a cura di) *La condizione di reciprocità - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - Aspetti di interesse notarile*, Milano, 2001, 122.

9 Per una ricostruzione estremamente ben documentata, CAGNASSO O. ED IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica - Società in accomandita per azioni - Società a responsabilità limitata - Trasformazione e fusione di società - Società estere*, 493

sua rilevanza, atteso che le società di capitali (con la peculiare eccezione della sapa) possono ormai percorrere l'intero loro ciclo vitale in configurazione unipersonale.

Se l'applicabilità dell'articolo 25, e nella sua interezza, a tutte le figure soggettive diverse dalle persone fisiche appare insomma fuori discussione ¹⁰, altra questione è posta dall'articolo 2508 del codice civile, in materia di pubblicità delle sedi secondarie, che discorre semplicemente di società.

Tale disposizione deve però posta essere a confronto con la normativa in tema di Registro delle Imprese, di cui all'articolo 2188 del Codice Civile, che dopo un'interminabile gestazione è stato attuato con la legge 580/93 ¹¹. Scopo del sistema è quello di fornire un supporto pubblicitario uniforme a tutti gli imprenditori operanti sul territorio nazionale; sarebbe decisamente incongruo immaginare che gli imprenditori stranieri siano soggetti a tale pubblicità (che, merita appena ricordare, è prevista a tutela della generale sicurezza del sistema economico, e non nell'interesse esclusivo dell'imprenditore) solo laddove organizzati in forma societaria. Sembra quindi di poter affermare che la pubblicità disposta dall'articolo possa e debba applicarsi, in interpretazione estensiva del dato letterale, alle sedi secondarie di ogni organizzazione imprenditoriale ¹². Tale conclusione non appare in verità tanto rilevante di per sé, quanto in via riflessa: se si opta per l'applicazione dell'articolo 2508, occorrerà coerentemente ¹³ affermare lo stesso dell'articolo 2509bis, che stabilisce la responsabilità illimitata di quanti agiscono in nome della società (e qui dovrebbe dirsi: dell'imprenditore diverso dalla persona fisica). Norma, come si vede, dalle conseguenze assai penetranti ¹⁴, ma che costituisce l'unica effettiva sanzione ¹⁵ della disposizione del

10 DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, Bari 2004, 37.

11 Legge 29 dicembre 1993, n. 580 *Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*.

12 Si veda l'art. 7, DPR 7 dicembre 1995, n. 581 *Regolamento di attuazione dell'art. 8 della l. 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del registro delle imprese di cui all'art. 2188 del codice civile*.

13 Per il rapporto di consequenzialità tra le due disposizioni ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, in *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere (art. 2484-2510 c.c.)* in LO CASCIO G. (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, vol. 9, 547

14 Tanto che, come si vedrà al punto 5.2, se ne può verosimilmente negare l'applicabilità alle società comunitarie.

15 Non potendo attribuire una specialissima capacità dissuasiva alle tenui sanzioni di cui all'articolo 2630cc.

2508, e come tale, rispetto alla prima indissolubile.

Pare insomma di poter cautamente concludere ¹⁶, pur in presenza di autorevole opposto avviso ¹⁷, per un'applicabilità degli articoli 2508 e 2509*bis* alle sedi secondarie in Italia riferibili ad ogni tipo di organizzazione imprenditoriale straniera.

Con ogni probabilità tale soluzione non è applicabile al trust, attesa la sua natura esclusivamente contrattuale, inidonea a dar vita ad un soggetto autonomo di diritto. Il trust neppure pare soggetto alle norme dell'articolo 25 SIDIP, sia per la ragione appena accennata sia per l'esistenza di specifici criteri di collegamento nella Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985 ¹⁸. La questione, beninteso, nulla ha a che vedere con il diverso problema del regime pubblicitario da applicarsi, presso il Registro delle Imprese, agli atti relativi a quote di società italiane interessate ad operazioni di trust.

Sulla materia che ci occupa l'impatto del diritto comunitario è stato assai importante, anche se nel caso italiano inferiore a quello che si è verificato in altri ordinamenti ¹⁹. Si usa insegnare che diritto comunitario e diritto internazionale privato si muovono in linea di principio su livelli diversi: laddove le fonti comunitarie non dispongano espressamente in tale materia, questa resta riservata alla competenza degli Stati nazionali. Se teoricamente l'affermazione resta corretta, l'effetto indiretto del diritto comunitario, ed in particolare dell'applicazione giurisprudenziale del diritto di stabilimento, è stato sufficientemente penetrante da aver suggerito una soluzione radicale nella redazione di queste righe: si tratteranno (punti 4 e 5, *infra*) in maniera quasi interamente separata le vicende della sede secondaria di società extracomunitaria e comunitaria.

Del rilievo del diritto comunitario è apparso ben conscio il legislatore, che ha dettato l'articolo 2507 (*Rapporti con il diritto comunitario*): *l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle*

16 CON LAURINI F., *L'istituzione in Italia di sedi secondarie di società estere e la nuova disciplina del diritto internazionale privato*, in *Riv.Not.*, 1996, 117.

17 CALÒ E., *Le persone giuridiche straniere*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, vol. IV, Milano 1995, 119.

18 Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento (resa esecutiva in Italia con Legge 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992)

19 Ad esempio quello tedesco: si veda il caso *Überseering* al punto 5.1.5.

Comunità europee. La disposizione si presta, volendo, a qualche ironia: non è forse questo *ius receptum*, soprattutto in tema di diritto delle società? Dal punto di vista strettamente tecnico, la superfluità di una norma così ovvia e generica è in effetti difficilmente contestabile²⁰. Cionondimeno (o forse appunto per questo) la singolarità della norma rappresenta un utile memento della profondità con cui le fonti comunitarie hanno inciso in questo settore.

Occasionalmente il diritto comunitario contiene previsioni rilevanti anche per i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e società di paesi terzi. E' il caso ad esempio dell'Undicesima Direttiva²¹, che all'articolo 7 disciplina anche le sedi secondarie di società extracomunitarie.

2. IL QUADRO INTERNAZIONALPRIVATISTICO

Qualche rapido cenno riepilogativo merita il regime internazionalprivatistico generale in materia di società ed altri enti, che qui brevemente si richiama²² al solo scopo di meglio focalizzare le figure più prossime a quella qui in esame ed i reciproci confini.

Sono tradizionalmente due, com'è ben noto, i principi ispiratori a contendersi il campo. Da un lato la cosiddetta *Gründungstheorie*, che privilegia il luogo in cui l'ente è stato costituito, e conduce quindi all'elaborazione di regole di conflitto che indirizzino verso il relativo ordinamento. Sul fronte opposto la *Sitztheorie*, che attribuisce rilievo al luogo ove si trova la sede (effettiva). Storicamente il primo modello ha il suo fondamento in un'attitudine politica espansiva (quando non francamente coloniale), giacché mantiene vivo il collegamento giuridico con organizzazioni formate in patria ma destinate ad operare altrove; ha il suo archetipo nel mondo anglosassone. Il secondo, al contrario, possiede un profilo difensivo, teso a sottoporre alla normativa nazionale le organizzazioni che operano nel proprio territorio, indipendentemente dalle vicende costitutive (e, soprattutto, dalla volontà degli interessati).

20 Più generoso DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 144.

21 Undicesima direttiva 89/666/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato.

22 Si rinvia in generale alla completa trattazione di DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*.

La riforma italiana del 1995 ha adottato un approccio misto, che contiene elementi d'entrambe. La prima norma, contenuta nel primo periodo del primo comma dell'articolo 25 SIDIP, corrisponde ad una norma di conflitto bilaterale, che può, in altri termini, condurre indifferentemente alla designazione dell'ordinamento italiano o di un ordinamento straniero: *le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione*²³. Viene qui accolta, quale principio generale, la *Gründungstheorie*. Il comma prosegue dettando una norma di tipo unilaterale, destinata cioè a designare (ricorrendo determinate circostanze) l'ordinamento italiano, nella logica della *Sitztheorie*: *si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti*.

La soluzione adottata per la prima norma appare in linea con le più accreditate (anche se non del tutto univoche²⁴) tendenze internazionali e soprattutto con i principi in via di affermazione (o forse dovrebbe dirsi, già affermati) a livello di giurisprudenza comunitaria²⁵. La scelta ha anche il merito di fornire un criterio di collegamento destinato a restare stabile del tempo: mentre la sede effettiva può variare, il luogo di costituzione in linea di principio resterà stabile. Solo in linea di principio, però: può ben darsi ad esempio²⁶ che un ordinamento apprezzi l'insediamento di un ente (con determinate modalità) sul proprio territorio come un atto di costituzione (o ricostituzione), e come tale divenga suscettibile di

23 L'espressione legislativa va forse meglio focalizzata, osservando che non è determinante il luogo geografico ove avvenga la costituzione, quanto piuttosto l'ordinamento nell'ambito del quale tale costituzione ha luogo; l'ordinamento che, come si suol dire, *incorpora* la società: DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 51.

24 Per una documentata panoramica, DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 26.

25 Si veda *infra*, punto 5.1.

26 Ampiamente in argomento BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1131, che analizza anche attentamente le tecniche utilizzabili per sottrarsi allo scacco. Va probabilmente accolto con sempre crescente prudenza, anche in relazione all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria dall'epoca della redazione del commento, il suggerimento (sia pure in via subordinata) di far riferimento alla sede effettiva. In questo modo si finirebbe con applicare in via bilaterale una disposizione dettata in via unilaterale a favore della sola legge italiana. Questa sorta di bilaterizzazione può essere da un lato accolta con favore, giacché stempera il carattere esclusivamente difensivo di tale statuizione, ma nel contempo finisce con l'attribuire rilevanza ad un dato, quello della sede reale, il cui ruolo nel sistema appare in via di contrazione.

richiamo in modo formalmente altrettanto plausibile dell'ordinamento in cui si è consumata la costituzione originaria. Resta incerto il trattamento da riservarsi alle società in cui difetti un formale procedimento di costituzione, come la società di fatto, ed appare in tal caso plausibile che si debba in ogni caso ²⁷ far riferimento alla legislazione italiana.

Per quanto riguarda la seconda norma, si tratta di una tecnica di difesa nei confronti delle società cosiddette pseudostraniere che non scarseggia di analogie, dall'Unione Europea agli USA al Giappone. La *sede dell'amministrazione* sarà, come peraltro già anticipato, la sede effettiva, quella da cui si dipartono gli impulsi volitivi che guidano l'attività dell'organizzazione ²⁸ o, secondo una classica e più analitica definizione, *il luogo in cui l'organo amministrativo della società esercita effettivamente e stabilmente i suoi poteri e le sue funzioni per la gestione unitaria di tutta l'attività sociale nei vari rami e nei vari luoghi in cui si possa suddividere ed esercitare l'oggetto sociale* ²⁹. Per quanto concerne invece l'individuazione del luogo ove si trova l'*oggetto principale*, si fa tradizionalmente riferimento a criteri di carattere quantitativo ³⁰; si dovrà però respingere la tentazione di utilizzare una nozione troppo mediata di oggetto. E' il caso soprattutto della holding insediata all'estero che controlli società italiane: l'oggetto sarà pur sempre all'estero, ponendosi semmai la diversa questione dell'applicabilità della disciplina in tema di gruppi, e segnatamente l'articolo 2497*bis*, di cui non è certa l'applicabilità a società straniere che esercitino il controllo su società italiane.

Trattandosi di normali disposizioni di conflitto, in linea di massima troverà applicazione l'istituto del rinvio di cui all'articolo 13 SIDIP ³¹. Laddove si perfezioni fuori dall'Unione l'iter costitutivo di una società con sede dell'amministrazione od oggetto principale in Italia, non si porrà però questione di rinvio ma di diretta applicabilità del diritto

27 Convincente in tal senso DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna 2008 (<http://amsdottorato.cib.unibo.it/1182/>), 81, nonostante l'autorevole contraria opinione di BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1114.

28 TRIB. GENOVA 31 marzo 1967, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1967, 809.

29 GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino 1959, 495.

30 ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, 544; GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, 497.

31 DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 75.

italiano ai sensi dell'articolo 25 SIDIP. L'istituto del rinvio non sarà di frequente applicazione, ma può prospettarsi qualche ipotesi. Si prenda ad esempio la società costituita nello stato A con sede nello stato B laddove entrambi i Paesi accolgano nel loro sistema internazionalprivatistico la *Sitztheorie*: si avrà in tal caso un rinvio (accettato) all'ordinamento dello stato B ³².

Cautela ³³ deve adoperarsi nel ricorso a strumenti, pur dotati di un solido retroterra, quali la categoria delle norme di applicazione necessaria (articolo 17 SIDIP) ed il concetto di ordine pubblico internazionale. Non si potrà mai abbastanza sottolineare come la regola, nel nostro sistema, sia l'apertura verso i valori espressi dagli altri ordinamenti. L'applicazione del diritto materiale italiano in deroga alle regole di conflitto potrà aver luogo solo in presenza di conflitti sostanziali ed irriducibili tra principi inderogabili del diritto italiano e le norme del diritto straniero richiamato, o di inderogabili esigenze di protezione di superiori interessi dell'ordinamento. Ciò che si deve evitare, in altri termini, è un uso surrettizio di tali tecniche onde realizzare un'indebita espansione dell'area operativa del diritto interno a scapito di assetti stranieri che siano soltanto *diversi* da quelli italiani, ma non con questi incompatibili al punto da rendere vano ogni sforzo d'integrazione.

Deve prendersi pure atto di un certo appannamento del concetto di nazionalità dei soggetti diversi dalle persone fisiche ³⁴. Prima della riforma del 1995, difettava nel nostro sistema internazionalprivatistico una normativa specifica in materia: il ricorso analogico alle disposizioni in tema persone fisiche ed a concetti come quello, per l'appunto, di nazionalità, rappresentava il ripiego più plausibile. La ricerca della normativa applicabile si muove oggi su altri binari, ed il rilievo della nazionalità resta confinato alle ipotesi in

32 BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1126, propone una sofisticata lettura secondo la quale in tal caso non si avrebbe rinvio, ma diretta applicazione della legislazione dello stato B in virtù del riconoscimento da parte dell'ordinamento italiano del fatto storico dell'avvenuta creazione del ente nell'ambito dell'ordinamento di B, che si reputa competente in virtù dell'insediamento nel proprio territorio della sede principale dell'ente. Pare invece a chi scrive, come poche pagine sopra si è avvertito (punto 1), che si debba in questo caso distinguere: un conto è riconoscere il fatto storico dell'avvenuta creazione dell'ente, altro conto ricercarne la disciplina.

33 BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1137.

34 Per una ricchissima ricostruzione della situazione anteriore al SIDIP, CAGNASSO O. ED IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica - Società in accomandita per azioni - Società a responsabilità limitata - Trasformazione e fusione di società - Società estere*, 479.

cui si debba valutare il possesso di uno status. In particolare, ciò si verifica per l'applicazione dell'articolo 16 delle Preleggi, filtro preventivo per l'accesso al godimento dei diritti ³⁵, come pure, sul fronte opposto, per le società comunitarie, che godono in quanto tali di un regime giuridico particolare. Analogamente, il concetto di nazionalità resta decisivo in relazione a numerosissime convenzioni bilaterali che attribuiscono uno status privilegiato agli enti che posseggono la nazionalità di uno degli Stati contraenti.

3. LA SEDE SECONDARIA IN GENERALE

Per sede secondaria si intende un'organizzazione dotata di un grado più o meno elevato di autonomia imprenditoriale e decisionale, e provvista di stabile rappresentanza ³⁶. E' irrilevante, in difetto di tali elementi, l'esercizio di un'attività economica nel nostro Paese, anche se regolare e persino intensa. Sul fronte opposto, la sede secondaria va tenuta distinta dalla creazione in Italia di una società controllata (una *filiale*, nel linguaggio comunitario), che sarà soggetto autonomo di diritto. La sede secondaria, al contrario, per difetto del necessario presupposto dell'alterità soggettiva, non potrà intrattenere rapporti giuridici di sorta con la casa madre ³⁷; quest'ultima, coerentemente, potrà sempre agire, attraverso i suoi organi centrali, in relazione ai rapporti ed interessi che la società intrattenga nel nostro territorio, e che fanno giuridicamente capo all'ente quale soggetto unitario.

4. LA SOCIETA' EXTRACOMUNITARIA CON SEDE SECONDARIA IN ITALIA

La sede secondaria di una società extracomunitaria potrà configurarsi fondamentalmente in due sottotipi, a seconda che l'attività nel nostro Paese possieda o meno i caratteri indicati dal secondo periodo del primo comma dell'articolo 25 SIDIP: *se la sede dell'amministrazione è situata in Italia* (e dunque, nel nostro caso, se la sede apparentemente secondaria abbia in realtà carattere dominante), *ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti*. Laddove

35 DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 37.

36 TRIB. ROMA 24 novembre 1987, in *Società* 1988, 395.

37 CASS. 3573/1982: la sede secondaria in Italia di una società estera che, a norma dell'art. 2056 c.c., è assoggettata, quanto alle forme pubblicitarie, alla legge italiana, non è titolare di diritti soggettivi propri, in quanto è priva di personalità giuridica e costituisce soltanto un organo della società straniera

tali circostanze non ricorrano, la società sarà sottoposta di regola al proprio ordinamento, e la legislazione italiana troverà applicazione solo sotto alcuni profili. Laddove invece sussistano i presupposti di cui al secondo periodo (parleremo, un po' brutalmente e di certo inesattamente, di società “nazionalizzate”), la legge italiana assumerà un ruolo assai più invasivo, ma non esclusivo.

4.1 LE SOCIETA' “NAZIONALIZZATE”

I casi in cui la giurisprudenza ha concluso per l'applicabilità alla società straniera del diritto italiano, ai sensi dell'articolo 25 SIDIP (e prima d'allora, del vecchio articolo 2505 del codice civile), sono assai rari e connessi a fattispecie alquanto particolari³⁸. Deve subito ricordarsi che questa disposizione è radicalmente inapplicabile alle società comunitarie, per le ragioni che si vedranno infra, punto 5.1.

Discorrendo di applicazione del diritto italiano, si assume implicitamente come presupposto che la società sia e resti storicamente straniera. Ciò fa sì che da un lato, non si dovrà certamente prescindere dalla disciplina in materia di sede secondaria, che rappresenta una fattispecie di contatto di minore intensità con l'ordinamento italiano, e dovrà considerarsi a fortiori pertinente ed applicabile³⁹. D'altro lato, l'origine storicamente straniera dell'ente fa sì che non si possa pensare (come forse autorizzava a ritenere il vecchio articolo 2505) ad un'applicazione integrale della legge italiana⁴⁰: l'ente è e resta straniero, e sarà sottoposto *anche ad alcune* norme della legislazione italiana. Il vecchio 2505 si spingeva a pretendere che anche i *requisiti di validità dell'atto costitutivo* fossero regolati dalla legge italiana: oggi il riferimento, significativamente, è caduto, onde anche in caso di società “nazionalizzata” questo profilo sarà regolato dalla legge straniera. Ma questo non è che un aspetto: nel rispetto della logica complessiva del SIDIP, di larga apertura ai valori degli ordinamenti stranieri, si dovrà sempre agire con estrema cautela, evitando ogni chirurgia sulla struttura societaria straniera che non sia giustificata dalla necessità di dare attuazione a valori cui l'ordinamento italiano attribuisca un valore cogente⁴¹. Si tratterà, in linea di massima, delle norme di applicazioni necessaria, di quelle

38 BALLARINO T., *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino 2006, vol. I, 155.

39 ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, 545.

40 DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 68.

inderogabili, ed in particolar modo delle disposizioni relative ai profili che hanno causato l'attrazione dell'ente nell'orbita dell'ordinamento italiano ⁴².

4.2 LE SEDI SECONDARIE “PURE”

L'articolo 25 SIDIP demanda espressamente alla legge straniera la disciplina di numerosi aspetti dell'ente, con un'enumerazione dichiaratamente esemplificativa, che tradisce l'obiettivo di pervenire ogniqualvolta possibile all'unità della *lex societatis*, evitando il cosiddetto *dépeçage*. Si tratta di un rilievo che può senz'altro tradursi in un criterio ermeneutico di cui tenere conto nell'analisi della norma.

4.2.1 IL DIRITTO STRANIERO APPLICABILE ALLE SEDI SECONDARIE “PURE”

In particolare l'articolo 25 SIDIP menziona:

- la **natura giuridica**. Non è richiesto che la natura giuridica attribuita dall'ordinamento straniero sia riconducibile ad una figura nota al sistema italiano ⁴³;
- la **denominazione**: si estende anche ad ogni segno distintivo dell'azienda (ditta, emblema, *seal*) ⁴⁴, mentre ne restano esclusi i beni immateriali, quali i marchi. Saranno altresì applicabili le norme in materia di lesione di tali diritti, laddove la *lex societatis* detti disposizioni specifiche per i soggetti diversi dalle persone fisiche; in caso contrario, si dovrà verosimilmente far riferimento ai differenti criteri contenuti nell'articolo 24 SIDIP;

41 F. MOSCONI E C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale* ², Torino 2006, 47.

42 In argomento, analiticamente, BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1136, il quale evidenzia tra l'altro come sarebbe palesemente eccessivo, rispetto agli obiettivi della norma, che il diritto italiano pretendesse di regolare anche l'attività della società (straniera) all'estero.

43 In giurisprudenza si è ad esempio riconosciuta la legittimazione ad agire dinanzi alla giustizia italiana di una *joint venture* di diritto russo: APP. MILANO 14 gennaio 2000, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2000, 172.

44 La norma in esame si applica probabilmente anche alla traslitterazione da alfabeti diversi dal latino, talvolta regolata per legge, come nel caso (invero comunitario) della Bulgaria: Ukaz 59 in *Gazzetta di Stato* n. 19 del 13/3/2009. TRIB. VENEZIA 6 luglio 1998, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, 92, affronta il caso di una società ucraina che adotta una denominazione in lingua inglese nei rapporti internazionali, e ricorda obiter l'applicabilità alla questione della legge ucraina,

- la **costituzione**, che ricomprende sicuramente l'iter di costituzione (eventualmente per pubblica sottoscrizione od analoghi procedimenti), le formalità di iscrizione e pubblicitarie, le conseguenze del mancato adempimento di queste o di eventuali atti compiuti prima dell'iscrizione, e così via. E' fatta certamente salva l'applicabilità della *lex rei sitae* ai conferimenti immobiliari, limitatamente alla validità, efficacia ed opponibilità della vicenda traslativa in sé considerata, e non nelle sue interazioni con la disciplina societaria ⁴⁵. Qualche perplessità potrebbe sorgere per quanto concerne la disciplina della fase contrattuale che nella stragrande maggioranza dei casi costituisce una tappa dell'iter costitutivo, alla luce del disposto dell'articolo 57 del SIDIP, secondo cui *le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980* [oggi: dal Regolamento Roma I ⁴⁶]. Di per sé il Regolamento non è applicabile, per espressa esclusione, alla materia societaria, ma ritorna in gioco in virtù del richiamo *in ogni caso*, che fa sì che il Regolamento possa essere applicato anche ad ipotesi che, per espressa previsione del medesimo, resterebbero all'esterno del suo perimetro applicativo. Se ciò è ovviamente esatto, è altrettanto vero che il Regolamento, quando opera non *proprio vigore* ma per effetto del richiamo, deve essere trattato, nel rapporto con altre fonti normative, non alla luce del suo status internazionale ma alla stregua di qualunque altra norma interna. L'articolo 25 SIDIP, in tema di società ed altri enti, espressamente disciplina anche la fase costitutiva: trattandosi di una disposizione specifica per l'ambito delle persone giuridiche, è con una certa sicurezza individuabile come norma speciale nel confronto con l'articolo 57. Quest'ultima disposizione, ed il Regolamento di conseguenza, appare inapplicabile alla nostra materia: il contratto sociale risulta integralmente soggetto alla *lex societatis* ⁴⁷. La dottrina prevalente ritiene però che debba farsi ricorso alle ordinarie regole in materia contrattuale in materia

45 Non c'è ragione ad esempio per immaginare che il conferimento di un immobile in Italia in una *limited* inglese debba essere sottoposto a perizia, solo perché altrettanto è richiesto per il conferimento in una srl.

46 Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I); all'art. 24 comma 2 dispone che *nella misura in cui il presente regolamento sostituisce le disposizioni della convenzione di Roma, ogni riferimento a tale convenzione si intende fatto al presente regolamento*.

47 LICINI C., *La sentenza Überseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?* in *Notariato*, 2003, 355.

- di preliminare di società;
- la **trasformazione**: la sottoposizione alla *lex societatis* ha un interessante corollario in tema di trasferimento della sede sociale all'estero, in quanto pare di dover affermare ⁴⁸ che neppure in tale occasione possa essere deliberata la trasformazione in un tipo sconosciuto all'ordinamento di provenienza;
 - l'**estinzione**, senza che si debba distinguere tra cause legali e volontarie;
 - la **capacità**, ivi compresa quella di stare in giudizio ⁴⁹;
 - **formazione, poteri e modalità di funzionamento degli organi**, e dunque tutto quanto attiene al modello organizzativo e di funzionamento interno ⁵⁰, ivi comprese le regole relative ai bilanci ed ai gruppi. Laddove le altre società appartenenti al gruppo siano soggette ad una legge diversa, potrà ovviamente porsi un problema di coordinamento: solo le norme di applicazione necessaria potranno trovare attuazione con riguardo alla società straniera ⁵¹. Per converso, nessun dubbio

48 TRIB. ALESSANDRIA 18 agosto 1995 (in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, 855), confermata da APP. TORINO, 1 dicembre 1995 (in *Giur. Comm.*, 1996, II, 415) ha omologato il trasferimento della sede sociale di una srl in Svizzera, ma non la sua trasformazione in anonima di diritto svizzero.

49 Secondo autorevole dottrina dovrebbe però assicurarsi prevalenza ai principi di cui agli articoli 20 e 23, primo comma, SIDIP: non vi sarebbe alcuna ragione per riconoscere preminenza alle capacità speciali previste dalla legge regolatrice di un rapporto solo quando sono in gioco persone fisiche. Se tale approccio è esatto, occorre probabilmente riconoscere l'applicabilità anche del secondo e del terzo comma dell'articolo 23, la cosiddetta *règle Lizardi*, citata sopra, nota 1. Non c'è ragione, in effetti, per escludere un simile approccio in relazione a soggetti diversi dalle persone fisiche. In questo senso BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1116.

50 TRIB. GENOVA, 11 settembre 1997, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1998, 576, in relazione ad una società con sede alle Antille Olandesi, ha ad esempio affermato che la questione relativa all'esistenza e validità della delibera di autorizzazione all'azione di responsabilità deve essere risolta secondo il diritto di quel Paese, non essendo stata in alcun modo allegata la presenza in Italia della sede dell'amministrazione ovvero dell'oggetto principale della società, rimettendo la causa al GI perché adottasse idonei strumenti informativi per la conoscenza di tale legge, ai sensi dell'articolo 14 SIDIP.

51 Tale applicabilità è corroborata anche dal quindicesimo considerando del Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), che recita: *in virtù delle norme e dei principi generali del diritto internazionale privato, i diritti e gli obblighi relativi alla tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi, derivanti per un'impresa dal controllo esercitato su di un'altra impresa soggetta ad un diverso ordinamento giuridico sono disciplinati dal diritto applicabile all'impresa controllata, fatti salvi gli obblighi ai quali l'impresa che esercita il controllo sia soggetta in base alle disposizioni del diritto ad essa applicabile, per esempio in materia di elaborazione di conti consolidati.*

dovrebbe sussistere intorno all'operatività del diritto di recesso di cui all'articolo 2497^{quater} nell'ambito di società italiane, indipendentemente dalla legge applicabile alla controllante;

- la **rappresentanza**. Analogamente a quanto sopra accennato in tema di capacità, saranno applicabile solo le norme che la *lex societatis* detti specificamente in materia di soggetti diversi dalle persone fisiche;
- **le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità**: vi rientrano certamente le posizioni prodromiche rispetto allo status di socio, come i diritti d'opzione negoziati separatamente dalla partecipazione o i cosiddetti buoni frazionari. L'espressione “associato o socio” pare però sufficientemente lata da potersi estendere ad ogni posizione *lato sensu* partecipativa, che conferisca cioè diritti rilevanti a livello di organizzazione dell'ente, come avviene nel caso degli obbligazionisti. Uno spazio applicativo dovrà sempre essere riconosciuto alla legge che disciplina la vicenda traslativa (contratto, donazione, successione⁵²) o che comunque influisca sulla titolarità della partecipazione (ad esempio l'estensione automatico all'altro coniuge operato dai meccanismi di comunione tra coniugi, legale o convenzionale). Laddove le partecipazioni siano incorporate in titoli idonei alla circolazione, assumeranno anche rilevanza concorrente (a) la *lex contractus* per le vicende negoziali che abbiano ad oggetto il titolo, e (b) la *lex cartae sitae* per quanto concerne i diritti sui titoli considerati come beni mobili. Paiono invece inapplicabili le disposizioni di cui all'articolo 59 SIDIP, che hanno ad oggetto solo alcune classi ben determinate di titoli di credito. Le disposizioni concernenti i patti parasociali⁵³, laddove aventi ad oggetto società cui si applica la legge italiana, avranno con ogni probabilità natura di norme di applicazione necessaria. Si può invero tentare di distinguere tra il momento genetico del patto, cui applicare la *lex contractus*,

52 Un problema di non semplice soluzione potrebbe ad esempio presentarsi per una successione soggetta alla legge italiana laddove le regole interne della società prevedano, conformemente alla *lex societatis*, una clausola d'accrescimento pura, tradizionalmente reputata illecita nel nostro diritto materiale in relazione al divieto di patti successori. Alla luce anche dell'affievolimento del divieto cui si assiste negli anni più recenti, il conflitto dovrà probabilmente comporsi a favore della *lex societatis*.

53 Affrontano la questione in dettaglio BALLARINO T., *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, 161, e DAMASCELLI D., *al conflitti di legge in materia di società*, 108.

e la sua operatività nell'ambito del modello organizzativo sociale, sottoposta alla *lex societatis*. In tale prospettiva può in effetti porsi una tensione sul piano internazionalprivatistico, dovendosi scindere i profili contrattuali, suscettibili di essere governati da una legge straniera (anche per opzione delle parti) ed i profili di tutela della società e dei terzi, sicuramente riservati alla *lex societatis* e disciplinati da norme di applicazione necessaria: tale contemperamento ricalca peraltro modelli ben noti, ed è anzi fatto proprio dallo stesso regolamento *Roma I*⁵⁴, all'articolo 10 comma 2. Una questione di più difficile soluzione⁵⁵ deriva dal riferimento che l'articolo 2341bis del codice civile fa alle società che controllano società per azioni (*scilicet* soggette alla legge italiana): *quid iuris* laddove la società controllante sia soggetta ad una legge straniera? La risposta al quesito è incerta, salvo che (ovviamente) la società straniera non abbia sede dell'amministrazione od oggetto principale in Italia, ed in quanto tale sia (quantunque non integralmente, come s'è visto) soggetta alla legge italiana;

- la **responsabilità per le obbligazioni dell'ente**: si deve quindi far riferimento alla *lex societatis* per conoscere se ed a quali condizioni i soci siano chiamati a rispondere personalmente (in tutto od in parte) delle obbligazioni sociali⁵⁶. In questo senso si è mossa la giurisprudenza, che ha riconosciuto⁵⁷ la

54 Citato a nota 46.

55 Su cui MUNARI F., *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2003, 50.

56 Si trova autorevolmente affermato (BALLARINO T., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Tratt. Colombo - Portale*, Torino, 1994, 163) che la responsabilità illimitata di una società straniera unica socia di società italiana dipenderebbe dallo status della società controllante. Al di là dell'affievolimento dell'importanza pratica della questione, atteso che oggi, con la radicale modifica dell'articolo 2362 cc dettata dal Decreto Legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, anche la società unica socia può conservare la limitazione della responsabilità, pare di potere al contrario sostenere (BENEDETTELLI M.V., *Commento all'art. 25 SIDIP*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 1119) che ogni soggetto, nel momento in cui compie un'operazione incardinata in altro ordinamento (nel nostro caso: assumere una partecipazione totalitaria in una società straniera), deve sottostare alle regole che governano l'operazione medesima, e non possa invocare privilegi od immunità che gli derivino dal proprio ordinamento di provenienza. Si tratta infatti di affermare la responsabilità della controllante in sé, e non dei soci della controllante (questa sì, governata in via esclusiva dalla *lex societatis* della controllante medesima). Nel senso del testo, DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 107.

57 In epoca anteriore alla riforma dell'articolo 2362 cc di cui alla nota precedente.

responsabilità illimitata di una società straniera socia unica di società italiana, ed ha simmetricamente demandato alla legislazione straniera la definizione del regime di responsabilità di società italiane uniche azioniste di società panamense e liberiane ⁵⁸.

4.2.2 IL DIRITTO ITALIANO APPLICABILE ALLE SEDI SECONDARIE “PURE”

Per la sede secondaria “pura”, l'articolazione cioè di una società straniera che non sia soggetta alla legge italiana ai sensi dell'articolo 25 SIDIP, la sottoposizione alla legge italiana riguarda fondamentalmente due profili: la pubblicità (con le conseguenze in tema di responsabilità) e le norme di applicazione necessaria. Alquanto incerta è l'interpretazione dell'articolo 2509: *le società costituite all'estero, che sono di tipo diverso da quelli regolati in questo codice, sono soggette alle norme della società per azioni, per ciò che riguarda gli obblighi relativi all'iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese e la responsabilità degli amministratori*. Non è chiaro, in particolare ⁵⁹, se la norma si riferisca solo alle società straniere che hanno sede secondaria in Italia, oppure anche a quelle cui si applica la legge italiana ai sensi dell'articolo 25 SIDIP, secondo periodo del primo comma, oppure ancora a tutte le società straniere *tout court*, anche laddove operino solo occasionalmente in Italia. Si deve scartare con una certa sicurezza quest'ultima possibilità, atteso che nulla nell'attuale sistema autorizza a pensare che queste ultime società siano soggette alla legge italiana per gli indicati profili. L'opinione tradizionalmente più accreditata è la prima, che trova fondamento sia nella collocazione della norma, sia nel suo contenuto, atteso che i profili da essa richiamati corrispondono a quelli che sono tipicamente disciplinati dalla legge italiana in caso di sede secondaria. Come si è però osservato più di recente ⁶⁰, la norma conserva però una sua utilità anche in relazione alle società “nazionalizzate” ai sensi dell'articolo 25, onde identificare il tipo societario da cui trarre la normativa di riferimento ⁶¹, in assenza di una riconducibilità del tipo

58 TRIB. MILANO 23 aprile 1998, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, 275 - APP. MILANO 18 giugno 1999, in *Riv. dir. intern. priv. Proc.*, 2000, 732.

59 ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, 571; CAGNASSO O. ED IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica - Società in accomandita per azioni - Società a responsabilità limitata - Trasformazione e fusione di società - Società estere*, 515.

60 ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, 571

61 ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, 573.

straniero ad un equivalente italiano.

La società straniera sarà inoltre sottoposta alle norme di applicazione necessaria, il cui nocciolo duro è identificato dalla più autorevole dottrina⁶² nelle norme lavoristiche, contabili e nei requisiti speciali fissati per lo svolgimento di attività specifiche, quali l'attività bancaria od assicurativa.

4.2.2.1 (segue) PUBBLICITA'

Per quanto concerne la pubblicità, si deve avere innanzitutto riferimento alla direttiva 89/666/CE⁶³, la cui disciplina presenta un profilo di immediato rilievo per quanto qui ci occupa. La direttiva si rivolge infatti sia alle società comunitarie che a quelle extracomunitarie, con una sostanziale differenza però: mentre per le società comunitarie il novero degli atti soggetti a pubblicità è stabilito in un modo alquanto rigido, che lascia pochissimo margine all'autonomia dello Stato membro, per quanto concerne le società extracomunitarie viene fornita un'indicazione di minima degli atti soggetti a pubblicità, che lascia liberi gli stati membri di fissare obblighi ulteriori. Inoltre la direttiva:

- stabilisce che siano soggette alla sua disciplina le succursali create in uno Stato membro da società non soggette alla legislazione di uno Stato membro, ma che sono di tipo comparabile a quelli previsti dalla direttiva 68/151/CE;
- applica anche alle società extracomunitarie alla disposizione dettata all'articolo 1 §2, secondo cui *quando la pubblicità fatta presso la succursale diverge dalla pubblicità fatta presso la società, la prima prevale per le operazioni effettuate con la succursale*;
- estende alle società extracomunitarie la disposizione secondo cui allorché in uno Stato membro esistono più succursali create dalla stessa società, la pubblicità può essere effettuata nel registro di una di queste succursali, a scelta della società. In tal caso, l'obbligo di pubblicità delle altre succursali consiste nell'indicazione del registro della succursale nel quale la pubblicità è stata effettuata nonché del numero di iscrizione di tale succursale in detto registro;
- autorizza gli Stati membri a fissare obblighi in materia di traduzione.

62 PETRELLI G., *Formulario notarile commentato*, III, Milano 2003, 176.

63 Citata a nota 21.

Alla direttiva venne data attuazione nel 1992 col DLgs 516 ⁶⁴; le modifiche in quell'occasione apportate sono sopravvissute alla riforma del 2003, salva la rinumerazione dell'articolo 2506, che è divenuto 2508, mentre sono rimasti invariati gli articoli 101 ter e quater delle disposizioni di attuazione. E' nel frattempo caduto, ai sensi della legge 340/2000, articolo 33 comma 1, l'obbligo di depositare le firme autografe degli amministratori, così come è pure superato il riferimento (articolo 101ter) al Busarl, pure soppresso dalla legge appena citata.

L'articolo 2508 opera un generico riferimento alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali, limitandosi ad aggiungere l'obbligo di *pubblicare [...] il cognome, il nome, la data e il luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato, con indicazione dei relativi poteri*. Le variazioni nell'identità dei rappresentati saranno ovviamente pure soggette a pubblicità. Gli obblighi così configurati rispondono certamente alle prescrizioni minime dettate dagli articoli 8 e 9 della Direttiva, e non paiono quindi richiedere alcuna integrazione; se mai potesse sorgere dubbio al proposito, va ricordato come la Direttiva preveda espressamente che siano oggetto di pubblicità atto costitutivo e statuto, se separato. Pure la regola del secondo comma dell'articolo 2508 secondo cui *ai terzi che hanno compiuto operazioni con le sedi secondarie non può essere opposto che gli atti pubblicati ai sensi dei commi precedenti sono difformi da quelli pubblicati nello Stato ove è situata la sede principale*, appare conforme alla più sintetica disposizione dell'articolo 1 comma 2 ⁶⁵ della Direttiva. Lo stesso deve dirsi del quarto comma, che dà esecuzione all'articolo 10 ⁶⁶ della Direttiva: *negli atti e nella corrispondenza delle sedi secondarie di società costituite all'estero devono essere contenute le indicazioni richieste dall'articolo 2250: devono essere altresì indicati l'ufficio del registro delle imprese presso la quale è iscritta la sede secondaria e*

64 Decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 516 *Attuazione della direttiva 89/666/CEE relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato*.

65 *Quando la pubblicità fatta presso la succursale diverge dalla pubblicità fatta presso la società, la prima prevale per le operazioni effettuate con la succursale*.

66 *Gli Stati membri prescrivono che le lettere e gli ordinativi utilizzati dalla succursale indichino il registro presso il quale è costituito il fascicolo della succursale, nonché il numero di iscrizione della succursale in detto registro. Se la legislazione dello Stato cui è soggetta la società prevede l'iscrizione in un registro, vanno indicati altresì il registro presso il quale è costituito il fascicolo della società e il numero di iscrizione della società in detto registro*.

il numero di iscrizione.

In caso di pluralità di sedi secondarie sembra di poter desumere, sia dal tenore dell'articolo 2508 che, a contrariis, dall'articolo 101*quater*, che le società extracomunitarie siano tenute a pubblicare atto costitutivo, statuti e bilanci in ciascun Registro delle Imprese competente. Tale esito non sembra in verità in linea con la Direttiva, che sotto questo profilo detta regole identiche per le società comunitarie ed extracomunitarie e prevede un solo deposito, cui gli altri Registri fanno rinvio.

Ai fini della pubblicità in Italia, si dovrà poi osservare il già ricordato articolo 101*ter* delle Disposizioni di Attuazione al Codice Civile, secondo cui *la società richiedente deve allegare agli atti e documenti ivi previsti la traduzione giurata in lingua italiana e deve indicare gli estremi della pubblicità attuata nello Stato ove è situata la sede principale*. Tornerà anche applicabile l'articolo 106 della Legge Notarile (Legge 89/1913), secondo cui *gli originali e le copie degli atti pubblici rogati e delle scritture private autenticate in Stato estero prima di farne uso nel territorio dello Stato italiano, sempre che non siano già depositati presso un notaio esercente in Italia*, e l'articolo 33 della legge 445/2000, secondo cui i documenti provenienti dall'estero debbono essere provvisti di legalizzazione.

4.2.2.2 (segue) PROFILI DOCUMENTALI

L'iter può quindi essere così sintetizzato.

L'istituzione della sede secondaria in Italia dovrà innanzitutto essere deliberata dalla società in modo conforme alla propria legislazione d'origine, in nulla rilevando sotto questo specifico profilo la legge italiana. Si dovranno altresì acquisire l'atto costitutivo e lo statuto (se separato) della Società.

Se la *lex societatis* lo permette, la deliberazione può essere raccolta direttamente da un notaio italiano. Si pensi all'ipotesi in cui l'istituzione della sede secondaria sia decisa da un'assemblea della società straniera che si celebri in Italia: in tal caso si procederà direttamente agli adempimenti di registrazione e presso il Registro delle Imprese. Qualora la documentazione, come più spesso avviene, sia invece stata formata all'estero, dovrà essere sottoposta a legalizzazione, sempreché non si applichi una convenzione bilaterale sulla soppressione di formalità, l'analoga convenzione multilaterale di

Bruxelles del 25 maggio 1987, oppure sia applicabile l'Apostille ai sensi della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961. La documentazione potrà essere indifferentemente cartacea od elettronica: qualora abbia però (conformemente alla normativa del Paese di provenienza) natura di atto pubblico od autenticato, ed origini da un Paese con cui non sono in vigore Convenzioni di sorta, la forma elettronica non sarà agevolmente utilizzabile per difetto di un equivalente elettronico della legalizzazione; la Apostille ai sensi della Convenzione dell'Aja potrà invece avere forma elettronica, se prevista dal Paese di provenienza, e sarà come tale utilizzabile in Italia.

Il tutto dovrà essere corredato di traduzione giurata, e depositato presso un Archivio Notarile o presso un notaio in esercizio. Si è sostenuto ⁶⁷ che l'atto debba essere posto in essere con l'intervento di persona munita di idonei poteri onde poter rappresentare la società: se l'affermazione è in concreto condivisibile, va osservato che non è in linea di principio indispensabile che il depositante esprima volontà alcuna, potendosi limitare a presentare gli atti ove la volontà sociale sia già stata compiutamente documentata. Come raccomanda un autorevolissimo scrittore ⁶⁸, sarà però opportuno far risultare in tale sede, per dichiarazione di parte, che di sede secondaria effettivamente si tratti, e non di trasferimento in Italia della sede dell'amministrazione. Sarà inoltre l'occasione per eventuali integrazioni ⁶⁹: accade ad esempio che la deliberazione iniziale non contempli le generalità del rappresentante o dei rappresentanti in Italia, e che a tale integrazione venga delegato il soggetto che compare dinanzi al notaio italiano ai fini del deposito.

In passato fu ampiamente dibattuta la necessità di omologa dell'istituzione di sede secondaria, questione ormai superata ⁷⁰. Si esclude anche che l'atto sia soggetto al controllo di legittimità ora affidato al notaio ai sensi della legge 340/2000, ed a tacere d'altro vi è per questo un'assorbente ragione di sostanza: le regole di funzionamento dell'ente non sono sottoposte alla legge italiana, onde nessuna verifica di congruità con l'ordinamento italiano appare configurabile. Competerà invece al notaio, secondo le generali regole

67 Così le Massime del Tribunale di Milano, in *Riv. Società*, 1988, 667.

68 PETRELLI G., *Formulario notarile commentato*, III, 175, ove anche una notevolissima messe di informazioni utili.

69 LAURINI F., *L'istituzione in Italia di sedi secondarie di società estere e la nuova disciplina del diritto internazionale privato*, in *Riv. Not.*, 1996, 122.

70 PETRELLI G., *Formulario notarile commentato*, III, 176.

in materia di deposito di atti esteri ⁷¹, il controllo sulle eventuali violazioni dei principi di ordine pubblico internazionale e delle norme di applicazione necessaria. Controllo, come sopra già si è accennato, da eseguire con molta prudenza: solo in casi estremi, di conclamate ed irriducibili incompatibilità con principi cardine dell'ordinamento italiano, il notaio dovrà proporre i necessari adeguamenti restando costretto, in caso di mancato accoglimento, ad opporre il suo rifiuto.

L'atto del notaio italiano sarà quindi registrato a tassa fissa e depositato presso il Registro delle Imprese nei termini ordinari; qualora però la decisione originaria risulti da atto pubblico od autenticato formato all'estero, si dovrà pure rispettare l'ulteriore concorrente termine ⁷² di quarantacinque giorni tra il compimento dell'atto straniero ed il deposito presso il Registro delle Imprese.

La mancata esecuzione della pubblicità prescritta comporta, ai sensi dell'art. 2509*bis*, la responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali ⁷³ in capo a quanto agiscono in nome della società. In caso contrario la responsabilità dei soggetti che agiscono resterà in tal caso regolata dalla sola *lex societatis*, salve eventuali ipotesi eccezionali derivanti da norme di applicazione necessaria. E' inoltre discusso ⁷⁴ se la norma dei cui all'art. 2509*bis* presupponga l'esistenza di un rapporto rappresentativo correttamente istituito. Pare preferibile l'affermativa: non si vede ragione particolare per la quale il *falsus procurator* debba affrontare un diverso regime di responsabilità qualora la società asseritamente rappresentata sia italiana o straniera. In questa prospettiva, la responsabilità di chi agito andrà ad aggiungersi a quella della società rappresentata, ed al primo dovrà probabilmente riconoscersi il *beneficium ordinis*.

L'illimitata responsabilità colpisce ogni soggetto che abbia agito, ma solo con riferimento agli atti da ciascuno posti in essere; quanti hanno la responsabilità di coordinare le azioni di altri saranno soggetti a

71 TONDO S., *Deposito di atti esteri*, in *Vita Notarile*, 1980, 1050

72 Fissato dalla legge 13 marzo 1980, n. 73 *Adeguamento dei termini in materia di pubblicità di atti formati all'estero*: articolo unico come sostituito dall'art. 6 del Decreto Legislativo 29 dicembre 1992, n. 516.

73 Limitatamente però a quelle discendenti dalle operazioni riferibili alla sede secondaria: DAMASCELLI D., *I conflitti di legge in materia di società*, 140.

74 CAGNASSO O. ED IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica - Società in accomandita per azioni - Società a responsabilità limitata - Trasformazione e fusione di società - Società estere*, 525.

responsabilità concorrente ⁷⁵. La previsione secondo cui la responsabilità sussiste *fino all'adempimento delle formalità pubblicitarie* è unanimemente interpretata nel senso più ristretto: l'esecuzione della pubblicità non farà venir retroattivamente meno la responsabilità per gli atti pregressi.

5. LE SOCIETA' DELL'UNIONE CON SEDE SECONDARIA IN ITALIA

Come si è accennato in principio, la materia trattata in queste pagine ha subito un'influenza determinante da parte del diritto comunitario, tale da rendere la disciplina della sede secondaria istituita da altra società comunitaria profondamente diversa da quella relativa a società extracomunitarie.

Il fondamento normativo di tali differenze è da rinvenirsi in alcune disposizioni del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, denominato ora (dopo il Trattato di Lisbona) Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE): si farà qui riferimento alla numerazione scaturente da quest'ultima modifica ⁷⁶. Si tratta soprattutto degli articoli:

- 49, in materia di diritto di stabilimento, che si estende alle società, ed afferma in particolare il cosiddetto *Diskriminierungsverbot*, il divieto di discriminazione;
- 54, che equipara le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Il medesimo articolo precisa che per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, con l'esclusione però delle società che non si prefiggono scopi di lucro;
- 52, secondo cui resta impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

75 ABATE F., *Commento all'art. 2507 del codice civile*, 579.

76 Testo coordinato apparso sulla GUUE del 30 marzo 2010.

E' stato invece soppresso dal Trattato di Lisbona l'articolo 220 del Trattato di Roma (293 dopo il Trattato di Amsterdam), che impegnava gli Stati membri ad avviare *fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini [...] il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse*. La norma veniva talora evocata ⁷⁷ per rammentare come la fattibilità delle operazioni indicate dalla norma, proprio in virtù del rinvio a successivi strumenti negoziali, doveva intendersi non garantita dal diritto vigente.

Norme sostanzialmente identiche si trovano nel trattato di Porto del 2 maggio 1992, istitutivo dello Spazio Economico Europeo, onde le medesime regole si applicano ⁷⁸ anche nei confronti di tre dei quattro ⁷⁹ Paesi EFTA: Norvegia, Islanda e Liechtenstein.

Come si è già osservato, queste norme, a differenza di quanto accade nel nostro sistema internazionalprivatistico, estendono alle società le norme in materia di persone fisiche, obbligando così a riportare in primo piano, anche per le società, il concetto di nazionalità, ossia di appartenenza all'ordinamento giuridico di un Paese membro.

5.1 GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

L'applicazione dei principi appena accennati può meglio essere apprezzata nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, di cui si propone qui di seguito un excursus.

5.1.1. COMMISSIONE/FRANCIA ⁸⁰

Il caso sorse in relazione ad una disparità di trattamento tributario: le imprese assicuratrici con sede in Francia fruivano di un credito fiscale in relazione ai dividendi delle azioni di società francesi serbate in

⁷⁷ Ad esempio in *Daily Mail: infra*, punto 5.1.3.

⁷⁸ DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, 290.

⁷⁹ Con referendum del 6 dicembre 1992 l'elettorato svizzero respinse infatti l'ingresso nello Spazio Economico Europeo.

⁸⁰ 28 gennaio 1986, Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Francese, causa 270/83.

portafoglio, mentre lo stesso vantaggio veniva negato alle succursali delle imprese assicuratrici aventi sede in un altro stato membro.

La Corte assume una posizione che rappresenta il primo caposaldo della giurisprudenza comunitaria in materia: *va anzitutto osservato che la libertà di stabilimento, che l'art. 52 [ora 49 TFUE] attribuisce ai cittadini di un altro stato membro [...], comprende, ai sensi dell'art. 58 del trattato CEE [ora 54 TFUE], per le società costituite a norma delle leggi di uno stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della comunità, il diritto di svolgere la loro attività nello stato membro di cui trattasi mediante una succursale o agenzia. Per le società, è importante rilevare in questo contesto che la loro sede nel senso summenzionato⁸¹ serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato. Ammettere che lo stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro stato membro svuoterebbe quindi di contenuto questa disposizione.*

Un elemento d'interesse della pronuncia è che il divieto di discriminazione viene applicato senza esitazione ad un settore, come quello delle imposte dirette, ancora non armonizzato⁸². La Corte respinge nettamente l'argomento, presentato dalla Francia, secondo cui le disposizioni tributarie in esame sarebbero state necessarie per prevenire l'evasione fiscale: una dialettica che si ripresenterà.

5.1.2 SEGERS⁸³

Il caso portato all'attenzione della Corte riguardava una società di diritto inglese che svolgeva per intero le sue attività nei Paesi Bassi. All'amministratore della società era stata negata in Olanda una prestazione previdenziale, sostenendosi da parte delle locali autorità

81 In questa fase dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria restano ancora nell'ombra concetti che saranno con nitidezza sviluppati più oltre: ancora si associa la nazionalità della società al luogo ove è collocata la sede legale (*registered office* nella versione inglese della sentenza).

82 In *Daily Mail* (punto 5.1.3), la Corte manifestò, come si osserverà, estrema cautela, ma il contesto era del tutto diverso, se non antitetico: nel caso qui in esame si trattava di norme francesi tese a colpire le imprese straniere che si affacciavano su quel mercato; in *Daily Mail* la società attrice brandiva il diritto comunitario per tentare di sottrarsi alla tassazione domestica.

83 10 luglio 1986 (seconda sezione), Segers contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank, causa 79/85.

che tale erogazione spettasse solo qualora la società avesse sede nei Paesi Bassi. La Corte inizia col ribadire il principio espresso nel caso precedente: *si deve osservare che la società che sia stata costituita secondo le leggi di uno stato membro e che svolge la propria attività mediante un'agenzia, una succursale o una filiale nello stato membro di stabilimento, non può essere privata dei vantaggi offerti dalla norma [previdenziale]. Infatti, come la Corte ha già deciso* ^[84], *ammettere che lo stato membro di stabilimento possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo motivo che la sede della società è ubicata in un altro stato membro svuoterebbe di contenuto l'art. 58 [ora 54 TFUE].*

La decisione si caratterizza però per la soluzione che dà all'ulteriore problema presentato dal caso: la società svolgeva attività *solo* nei Paesi Bassi. In altri termini: benché si trattasse formalmente di una succursale, dal punto di vista sostanziale ben si poteva affermare che la società inglese non stesse esercitando il diritto secondario di stabilimento (garantito dal Trattato) ma il diritto primario, di per sé sprovvisto di specifica tutela. La Corte compie questo passo in avanti: *si deve ricordare che l'art. 58 [ora 54 TFUE], per l'applicazione delle disposizioni relative al diritto di stabilimento, prescrive unicamente che le società siano costituite secondo le leggi di uno stato membro ed abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della comunità. Se queste condizioni sono soddisfatte, il fatto che la società svolga la propria attività [...] solo in un altro stato membro è irrilevante.*

5.1.3 DAILY MAIL ⁸⁵

Daily Mail and General Trust PLC richiese alle autorità del proprio Paese onde essere autorizzata, secondo la legislazione britannica dell'epoca, a trasferire la sede nei Paesi Bassi. Incontrovertito l'obiettivo dell'operazione: vendere un importante pacchetto di titoli in portafoglio senza dover pagare le imposte britanniche sulle plusvalenze; quelle olandesi sarebbero state calcolate solo sull'(eventuale) incremento realizzato tra il trasferimento e l'alienazione. Dopo lunghe trattative col Tesoro britannico, la società adì il *Queen's Bench* sostenendo che gli artt. 52 e 58 del trattato CEE (ora 49 e 54 TFUE) le attribuivano il diritto a trasferire la sede della

84 In Commissione/Francia, punto 5.1.1.

85 27 settembre 1988, *The Queen contro H.M. Treasury e Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, causa 81/87.

direzione in altro Stato membro senza previa autorizzazione, oppure ad ottenere un'autorizzazione senza condizioni.

La Corte fa riferimento all'articolo 220 del Trattato di Roma (293 dopo il Trattato di Amsterdam, e soppresso dal Trattato di Lisbona) secondo cui futuri trattati avrebbero garantito il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro. Proprio il fatto che tale materia fosse rimessa a future iniziative conduce la Corte a ritenere che il diritto reclamato da Daily Mail non fosse rinvenibile nella normativa vigente: *dall'interpretazione degli artt. 52 e 58 del trattato [ora 49 e 54 TFUE] non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite. Ed è questa legislazione a svolgere un ruolo centrale: diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento.*

La sentenza è stata spesso criticata⁸⁶; si è rimproverato tra l'altro alla Corte di aver affastellato senza troppo ordine questioni di carattere tributario ed internazionalprivatistico, e di non aver avuto sufficiente coraggio nell'affermare un diritto primario di stabilimento per le società, alla stregua di quello spettante alle persone fisiche⁸⁷. Negli anni successivi è talvolta sembrato, in effetti, che il desiderio di non smentire i dicta di *Daily Mail* abbia rappresentato per la Corte una sorta di zavorra nell'evoluzione della propria giurisprudenza⁸⁸.

Chi scrive⁸⁹ condivide però solo in parte tali appunti. Dal punto di

86 Si veda LOMBARDO S., *Libertà di stabilimento e mobilità delle società in Europa*, in *Nuova giur. civ.*, 2005, II, 361.

87 Punto sul quale la Corte ha assunto anzi una posizione frontalmente contraria, affermando: *come l'attestano titolo e contenuto, la direttiva [73/148 del Consiglio, 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità] riguarda solo il trasferimento e il soggiorno delle persone fisiche e che, stante il loro tenore, le sue disposizioni non si prestano ad applicazione analogica alle persone giuridiche.*

88 Soluzione diversa è stata adottata dalla Corte in un caso apparentemente simile, che riguardava però (differenza decisiva) una persona fisica che si trasferiva da un Paese all'altro dell'Unione: si veda a nota 104.

89 Sulle orme di DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, 186.

vista internazionalprivatistico, va rilevato che entrambi i Paesi coinvolti adottano la teoria dell'incorporazione, e quindi non vi era materia per alcun intervento penetrante: le affermazioni in materia appaiono quindi come *obiter dicta* da cui si può tranquillamente prescindere. Nella sostanza, la Corte si è trovata dinanzi ad un'architettura dichiaratamente strutturata al solo scopo di evitare l'applicazione di un'imposta legittimamente fissata da uno Stato membro in materia non armonizzata. Occorre realisticamente prendere atto che riconoscere la legittimità dell'operazione riconducendola al diritto comunitario di stabilimento avrebbe significato, con ogni evidenza, ammettere una forma palese di ricorso abusivo e fraudolento al diritto comunitario⁹⁰, e per di più in materia fiscale, in relazione alla quale la Corte ha sempre dato prova di una più pronunciata attenzione⁹¹. Si sarebbe aperta una corsa alla creazione ed all'impiego indiscriminato di paradisi fiscali intracomunitari, con prevedibili reazioni politiche perniciose per l'avanzamento dell'integrazione europea: non è certo nell'interesse politico delle istituzioni comunitarie essere additate nelle ribalte nazionali come uno strumento a servizio dell'evasione fiscale.

5.1.4 CENTROS⁹²

Si tratta forse del caso più significativo per la materia che ci occupa. Due cittadini danesi, i coniugi Bryde, costituiscono in Gran Bretagna una società, la Centros, che non esercita alcuna attività commerciale nel Regno Unito; il capitale, appena cento sterline, non viene né liberato né posto a disposizione della società. Centros chiede di registrare una succursale in Danimarca. La competente autorità danese rifiuta la registrazione, obiettando che in realtà, così procedendo, si intendeva costituire in Danimarca non una succursale, bensì una sede principale, eludendo le norme nazionali relative, in

90 Sin dalla decisione nel caso Van Binsbergen (3 dicembre 1974, in causa 33/74) si afferma che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alla possibilità offerte dal Trattato, *taluni suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali e che [...] non possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario.*

91 Si veda anche a nota 82. Nella causa C-196/04, Cadbury Schweppes plc (Grande Sezione) 12 settembre 2006, punto 51, la Corte ha confermato la sua giurisprudenza secondo cui una misura nazionale che restringe la libertà di stabilimento è ammessa se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere la normativa dello Stato membro interessato. Non è un caso che sia *Schweppes* che le pronunzie richiamate dalla Corte nel contesto di quest'ultima decisione riguardino però, tutte, controversie in materia fiscale.

92 9 marzo 1999, Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, causa C-212/97.

particolare, alla liberazione di un capitale minimo, fissato dalla legge danese in duecentomila corone.

Centros invoca la giurisprudenza Segers ⁹³ sull'irrilevanza di una previa attività nel Paese di costituzione, ed il punto è accolto dalla Corte, che respinge l'approccio danese secondo cui *l'articolo 52 [ora 49 TFUE] del Trattato non avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso di specie della causa a qua, poiché si tratterebbe di una situazione puramente interna alla Danimarca. I signori Bryde, cittadini danesi, avrebbero infatti costituito in Gran Bretagna una società che non svolge alcuna attività effettiva, allo scopo esclusivo di costituire una società attiva in Danimarca per il tramite di una succursale e di evitare così l'applicazione della normativa danese [...]. Ciò considerato, la costituzione, ad opera di cittadini di uno Stato membro, di una società in un altro Stato membro non costituirebbe un elemento di estraneità rilevante sotto il profilo del diritto comunitario, e in particolare della libertà di stabilimento. Replica infatti la Corte che la circostanza che i coniugi Bryde abbiano costituito la società nel Regno Unito nell'intento di eludere la normativa danese che impone la liberazione di un capitale sociale minimo, [...] non esclude [...] che la creazione da parte di questa società britannica di una succursale in Danimarca rientri nell'ambito della libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 52 e 58 del Trattato [ora 49 e 54 TFUE]. Ed inoltre: il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato.*

Questo avanzamento dei confini del diritto di stabilimento rappresenta forse il punto più innovativo della pronuncia Centros, giacché autorizza la libera ricerca da parte degli imprenditori della legislazione più ospitale, alla stregua di quanto accade ormai da più di un secolo negli Stati Uniti. Si accompagna però, in ossequio alla costante giurisprudenza della Corte ⁹⁴, al riconoscimento (almeno in linea teorica) della legittimità di possibili correttivi: *La questione dell'applicabilità degli artt. 52 e 58 del Trattato* [ora 49 e 54 TFUE]

93 *Retro*, 5.1.2.

94 Richiamata infatti con scrupoloso dettaglio al punto 24 della sentenza.

è [...] distinta dalla questione se uno Stato membro possa adottare misure atte a impedire che, in presenza delle possibilità offerte dal Trattato, i suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero della propria legge nazionale.

La Corte passa quindi ad esaminare l'argomento presentato dall'autorità danese, a cui avviso *l'obbligo, per le società a responsabilità limitata, di [...] un capitale sociale minimo persegue un duplice obiettivo: da un lato, rafforzare la solidità finanziaria delle società al fine di tutelare i creditori pubblici dal rischio di irrecuperabilità dei crediti pubblici, poiché, a differenza dei creditori privati, essi non possono garantire i loro crediti con la costituzione di una garanzia o di una cauzione, e, dall'altro, in modo più generale, tutelare tutti i creditori, pubblici e privati, prevenendo il rischio di bancarotta fraudolenta dovuta a insolvenza di società il cui capitale iniziale era insufficiente.* La pronunzia, osservato che *le ragioni invocate non rientrano nell'ambito dell'art. 56 del Trattato [ora 52 TFUE], ricorda che, secondo la giurisprudenza della Corte, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni. Devono:*

- applicarsi in modo non discriminatorio,*
- essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico,*
- essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e*
- non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.*

Tali condizioni non sono soddisfatte nel caso [...]. In primo luogo, la prassi in questione non è nemmeno volta a raggiungere l'obiettivo di tutela dei creditori cui essa si considera preordinata, poiché, se la società interessata avesse svolto un'attività nel Regno Unito, la sua succursale sarebbe stata registrata in Danimarca, e in tal caso i creditori pubblici danesi si sarebbero trovati ugualmente in posizione deteriore. In secondo luogo, poiché la società di cui si tratta nella causa a qua si presenta come una società di diritto inglese, e non di diritto danese, i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta a una normativa diversa da quella che disciplina in Danimarca la costituzione di società a responsabilità limitata [...]. Inoltre, contrariamente a quanto esposto dalle autorità danesi, è possibile adottare misure meno severe o meno restrittive di libertà fondamentali, che diano ad esempio la possibilità legale ai creditori pubblici di costituire le garanzie necessarie. Infine, il fatto che uno Stato membro non possa negare la registrazione di una succursale di

una società costituita conformemente alla normativa di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede non esclude che questo primo Stato possa adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società [...] sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato. In ogni caso, la lotta alle frodi non può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società che ha la propria sede in un altro Stato membro.

L'impatto della sentenza Centros è stato decisivo sotto più di un profilo ⁹⁵. Un paio almeno riguardano direttamente la nostra materia.

La pronuncia afferma il diritto di costituire società ove le condizioni paiano più favorevoli, indipendentemente dal luogo ove l'attività sociale sarà esercitata. Inoltre, se formalmente la disciplina internazionalprivatistica e la normativa in materia di società pseudostraniere, come era indubbiamente Centros, resta di competenza nazionale, attraverso l'affermazione del diritto di stabilimento si è concretamente impedito agli Stati membri di intervenire sullo statuto applicabile alle società incorporate in altri Paesi della Comunità, indipendentemente dal loro luogo di attività, prevalente od addirittura (come nel caso di Centros) esclusivo. I Paesi che seguono la *Sitztheorie* ⁹⁶, come la Germania, per effetto di Centros hanno insomma dovuto prendere atto di un'autentica rivoluzione esogena del proprio sistema internazionalprivatistico.

Anche in Centros viene riaffermato il diritto degli Stati membri di adottare misure contro frodi ed abusi: è un fatto, però, che una volta reso omaggio a tale rituale mantra, la Corte passa regolarmente a negare che tale possibilità torni applicabile nel caso al suo esame. In Centros si è negata la necessità di tutelare i creditori, sulla base della considerazione (a dir poco ottimistica) secondo cui i terzi, avendo modo di apprendere che il loro interlocutore è una società britannica, possono ben informarsi della relativa disciplina applicabile. Ma se questo è lo standard argomentativo, resta sempre più difficile intendere quali siano gli interessi da tutelare che potrebbero invece giustificare l'adozione di misure protettive. Sul punto si tornerà nel

95 Si veda l'efficace ricostruzione di DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, 222.

96 L'Italia all'epoca di Centros aveva da pochissimi anni adottato il nuovo SIDIP.

caso successivo.

5.1.5 ÜBERSEERING⁹⁷

La società olandese Überseering acquista alcuni immobili in Germania di cui avvia la ristrutturazione; in corso d'opera le quote vengono cedute interamente a cittadini tedeschi residenti in Germania. Secondo il diritto tedesco, il fatto che l'oggetto principale dell'attività sociale fosse in Germania ed il capitale interamente detenuto da tedeschi, faceva sì che la società dovesse obbligatoriamente essere ricostituita secondo il diritto tedesco, pena la perdita della capacità processuale attiva. In due distinti processi grosso modo coevi, Überseering veniva da un lato condannata a corrispondere onorari ad architetti, mentre si vedeva nell'altro negata azione per far valere difetti nell'esecuzione dell'opera. Quest'ultima controversia approdava alla Corte.

L'accostamento della fattispecie a *Daily Mail*, pur in più sedi ipotizzato, appare alquanto approssimativo ed in definitiva fuorviante. Überseering, infatti, era una società regolarmente costituita secondo la legislazione dei Paesi Bassi, iscritta nel registro di Amsterdam ed Haarlem, che mai aveva inteso recidere il suo legame con l'ordinamento olandese, né era a ciò costretta secondo il diritto dei Paesi Bassi. *Thema decidendum* era quindi la liceità del disconoscimento da parte dell'ordinamento tedesco della personalità attribuita ad Überseering dall'ordinamento olandese. In *Daily Mail*, all'inverso, la società pretendeva di esercitare un diritto non previsto (*rectius*: previsto sotto condizione) dal proprio ordinamento di appartenenza: la sua piena capacità quale società inglese non era da nessuno posta in discussione. Sotto un profilo appena diverso, se *Daily Mail* intendeva esercitare un diritto primario di stabilimento, fissando la sua sede principale nei Paesi Bassi, Überseering intendeva semplicemente operare in Germania mantenendo la sua sede in Olanda: un caso (almeno formalmente) di stabilimento secondario.

Il principio di *Daily Mail* secondo cui *una società costituita in forza di un ordinamento giuridico nazionale esiste solo in forza della normativa nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento* è quindi perfettamente compatibile, anzi coordinato,

97 5 novembre 2002, Überseering BV contro Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, causa C-208/00.

con l'affermazione secondo cui, in forza della piena capacità in ambito comunitario scaturente dall'appartenenza all'ordinamento olandese, *Überseering* è legittimata a far valere la libertà di stabilimento per opporsi al rifiuto del diritto tedesco di considerarla come una persona giuridica dotata di capacità processuale. Il requisito della ricostituzione della stessa società in Germania equivale pertanto, conclude la Corte, alla negazione stessa della libertà di stabilimento.

Il governo tedesco, nelle sue difese, torna sul punto della legittimità delle eccezioni al diritto di stabilimento, sostenendo che l'applicazione in via uniforme a tutte le società operanti in Germania di alcune garanzie proprie del diritto tedesco corrispondeva ad interessi degni di tutela. Replica la Corte: *non si può escludere che ragioni imperative di interesse generale quali la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori o ancora del fisco possano, in talune circostanze e rispettando talune condizioni, giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento. Tali obiettivi non possono tuttavia giustificare il fatto che venga negata la capacità giuridica e, quindi, la capacità processuale ad una società regolarmente costituita in un altro Stato membro dove ha la sede sociale.* Nuovamente, quindi, all'affermazione in via di principio della liceità di eccezioni, segue il diniego nel caso particolare.

5.1.6. INSPIRE ART ⁹⁸

Il contesto è quello reso familiare da *Centros*: una società costituita in Gran Bretagna che svolge esclusivamente attività nei Paesi Bassi. L'elemento di novità è la WFBV, legge sulle società formalmente straniere, del 17 dicembre 1997, che regola le società di capitali costituite conformemente ad un diritto diverso da quello olandese, che svolgono la loro attività del tutto o quasi del tutto nei Paesi Bassi senza avere alcun legame effettivo con lo Stato in cui vige il diritto conformemente al quale sono state costituite. La WFBV:

- detta alcuni obblighi pubblicitari eccedenti le previsioni dell'undicesima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/666/CE, come ad esempio l'obbligo di indicare che la società è “formalmente straniera”;
- impone un capitale minimo pari a quello previsto per le srl

⁹⁸ 30 settembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contro Inspire Art Ltd.*, causa C-167/01.

olandesi: qualora tale disposizione non sia rispettata, la società straniera resta pienamente riconosciuta ma è prevista la responsabilità illimitata degli amministratori.

Sul primo punto, la Corte assume una posizione molto netta: l'enumerazione degli elementi soggetti a pubblicità secondo l'undicesima direttiva è tassativa, onde ogni previsione ulteriore non è compatibile col diritto comunitario e non può essere giustificata neppure in base ad uno dei motivi indicati all'articolo 52 TFUE o da una giustificazione imperativa di interesse generale ⁹⁹.

Sul secondo punto, il governo olandese fece osservare che l'introduzione della WFBV era dovuta ad esigenze dovute proprio dal regime estremamente liberale vigente nei Paesi Bassi, secondo cui ogni società costituita all'estero è riconosciuta senza formalità, restando soggetta al diritto dello Stato di costituzione e senza che assuma rilievo il fatto che la società vi eserciti un'attività. Tale assetto avrebbe condotto a sistematici abusi che la WFBV avrebbe circoscritto con pochi interventi puntuali e ridotti, secondo il governo olandese, al minimo indispensabile.

Si ripropone quindi il tema dell'abuso del diritto comunitario, ma questa volta in relazione ad uno strumento normativo confezionato *ad hoc*. Ciononostante la risposta della Corte non muta rispetto a *Segers* e *Centros* ¹⁰⁰: la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro unicamente per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce un abuso, e ciò anche qualora la società in questione svolga la maggior parte, se non la totalità, delle sue attività economiche nello Stato di stabilimento. La WFBV, *che impone alla succursale di una siffatta società, costituita conformemente alla legislazione di uno Stato membro, di rispettare le disposizioni dello Stato di stabilimento relative al capitale sociale e alla responsabilità degli amministratori, sortisce l'effetto di ostacolare l'esercizio, da parte di tali società, della libertà di stabilimento.*

La Corte conferma poi quanto già affermato in *Centros* a proposito della tutela dei creditori, che sarebbe già assicurata dal fatto che la società si presenta come una società di diritto inglese, onde i terzi non potrebbero essere tratti in inganno sulla normativa applicabile ¹⁰¹.

99 Punto 106 della sentenza.

100 Rispettivamente ai punti 16 e 18 delle due sentenze, citate rispettivamente alle note 83 e 92.

101 Si veda a nota 1.

Da ultimo la pronunzia menziona gli argomenti secondo cui la WFBV perseguirebbe la lealtà nei rapporti commerciali e dell'efficacia dei controlli fiscali, rilevando però che non sarebbe stato dimostrato che la legislazione in questione soddisfa i criteri di efficacia, proporzionalità e non discriminazione già ricordati in *Centros*.

5.1.7 CARTESIO ¹⁰²

La società ungherese Cartesio delibera il trasferimento della sede ¹⁰³ a Gallarate, incontrando l'opposizione del Tribunale magiaro competente, in quanto la *lex fori* non consente a una società costituita in Ungheria di trasferire la sua sede all'estero continuando al contempo a essere soggetta alla normativa ungherese quale legge regolatrice.

La Corte di Giustizia, investita della questione dalla Corte d'Appello di Seghedino, rivendica con energia la coerenza della propria giurisprudenza da *Daily Mail* ad *Überseering*, confermando l'esclusiva competenza in materia della normativa nazionale secondo la quale la società è stata costituita. Tale principio, nella visione della Corte, vale sia quando si tratti (come in *Überseering*) di negare la possibilità per un Paese terzo di disconoscere una società esistente secondo la legislazione del Paese di provenienza, sia quando si tratti (come in *Daily Mail*) di riconoscere l'impotenza del diritto comunitario dinanzi a quelle legislazioni nazionali che negano la possibilità di un trasferimento della sede all'estero. *Cartesio* si allinea dunque a quest'ultima decisione, riconoscendo la legittimità della normativa ungherese.

E' perfettamente possibile, ad opinione di chi scrive, che quello attuale sia solo uno step intermedio nell'evoluzione del diritto comunitario, e che in prospettiva il diritto di stabilimento primario possa affermato anche per le società, così come lo è per le persone fisiche. Per quanto condivisibile possano essere determinati obiettivi politici di lungo periodo, appare comunque alquanto velleitaria la

102 16 dicembre 2008 (Grande Sezione), *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, causa C-210/06.

103 Le versioni italiana, francese ed inglese della sentenza si limitano ad usare le parole sede/siège/seat senza ulteriore specificazione, con ciò facendo supporre che Cartesio non volesse conservare alcun legame col territorio ungherese. Nel corso del processo l'Irlanda sollevò però serie riserve proprio su questo punto (punti da 41 a 53 della sentenza).

ricerca a tutti i costi di incoerenze tecniche ¹⁰⁴ nello stato attuale di evoluzione della giurisprudenza.

5.2 SOCIETA' DELL'UNIONE: SINTESI DEL QUADRO NORMATIVO

Dagli orientamenti giurisprudenziali che si è tentato sopra di sintetizzare è possibile trarre alcune nitide conclusioni operative.

Dinanzi ad una società che corrisponda alla nozione dettata dall'articolo 54 primo comma TFUE ¹⁰⁵, deve essere disapplicata ogni regola che possa condurre all'applicazione alla società di una legge diversa da quella propria dell'ordinamento medesimo. Che si tratti della seconda regola di cui all'articolo 25 SIDIP ¹⁰⁶, del rinvio previsto all'articolo 13 SIDIP ¹⁰⁷, o delle regole di altri ordinamenti che seguono la teoria della sede effettiva, è pacifico ¹⁰⁸ che tutti debbano cedere il passo all'indicato principio del diritto dell'Unione.

In questo senso, e solo in questo, è sicuramente possibile parlare di *inarrestabile confisca* ¹⁰⁹ del diritto internazionale privato da parte del

104 Si prenda ad esempio Di CESARE F., *Il trasferimento della sede della società all'estero*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 291, secondo il quale Cartesio sarebbe un passo indietro rispetto a *Lasteyrie du Saillant* (causa C-9/02). In termini generali, si comprende il senso dell'osservazione; occorre però rilevare come *Lasteyrie du Saillant* riguardasse una normativa tributaria francese, una cosiddetta *exit tax*, che con un aggravio fiscale ostacolava l'esercizio di un diritto pacificamente esistente, il diritto di stabilimento primario delle persone fisiche. Cosa diversa (forse possibile, ma diversa) è creare giurisprudenzialmente un diritto che al momento non esiste nell'ordinamento dell'Unione: il diritto di stabilimento primario delle società.

105 E cioè *le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione*. Va appena osservato che il primo requisito deve concorrere con la localizzazione all'interno dell'Unione (di un *qualunque* Paese dell'Unione) di anche uno solo dei tre elementi richiamati dalla norma.

106 Si allude naturalmente alla norma dell'articolo 25 SIDIP secondo cui si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

107 Si veda supra, nota 31.

108 Così ad esempio le univoche indicazioni contenute in BARONE A., *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, Studio 01/07/25/5/U.E. del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Riv. not.*, 2002, 89.

109 COLANGELO M., *Da Centros a Inspire Art - Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2003, 1232.

diritto comunitario. Non è invece altrettanto certo che i principi enucleati dalla giurisprudenza europea abbiano dato vita ad una vera e propria regola di diritto internazionale privato ¹¹⁰ nel senso della *Gründungstheorie*, che peraltro contrasterebbe curiosamente con almeno un univoco ed importante riscontro offerto, in senso diametralmente opposto, dalla legislazione dell'Unione ¹¹¹. Preme però soprattutto rilevare come la regola comunitaria poco o nulla abbia da dire su un diverso ed importante profilo: i confini della *lex societatis*. Come si è visto al punto 4.2.1, non è sempre semplice stabilire se determinate questioni che si pongono, per così dire, ai confini del fenomeno societario, debbano essere sottoposte alla *lex societatis* o non debbano piuttosto rispondere ad altre norme di conflitto, come ad esempio quelle relative alla *lex contractus*. Una volta confermato che, se *lex societatis* sarà, non potrà che essere quella dell'incorporazione, l'eventuale riconducibilità di alcune questioni ad altre norme di conflitto resta invariata.

Alla società comunitaria che opera in Italia, anche attraverso sede secondaria, si applicherà la normativa italiana che riguardi non il soggetto in quanto tale, ma l'attività svolta: la disciplina lavoristica, quella in materia di adempimenti tributari ¹¹² e di licenze ed autorizzazioni amministrative (articolo 2508cc, terzo comma).

Come si è ripetutamente osservato, resta inoltre agli ordinamenti nazionali la teorica possibilità, sempre in via di principio riaffermata dalla Corte, di colpire gli abusi del diritto comunitario agendo caso per caso, e di introdurre cautele a protezione degli interessi di cui all'articolo 52 TFUE, nonché altre normative specifiche che rispondano ai quattro ben noti requisiti:

- applicarsi in modo non discriminatorio,

110 LOMBARDO S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa*, 2003, I, 456 (ma soprattutto a nota 22). MECHELLI S., *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 94 ss

111 Alludo al Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), articolo 3, secondo cui *la SE è considerata una società per azioni soggetta alla legge dello Stato membro in cui essa ha la sede sociale*. La circostanza non sorprende però qualora si accetti il punto di vista presentato nel testo: i principi del diritto dell'Unione impongono la disapplicazione di determinati principi internazionalprivatistici solo laddove abbiano l'effetto di negare i diritti delle società dell'Unione: si pongono cioè come un limite esterno all'operatività dei principi medesimi.

112 Ma non di scritture contabili: DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, 321.

- essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico,
- essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e
- non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.

Come ha osservato però molto appropriatamente un Autore ¹¹³: *non ha superato la prova il corpo di disciplina che impone il capitale sociale, che è il fulcro delle società personificate: quali altri corpi di disciplina societari possono sperare di farcela?*

Per quanto concerne la pubblicità, la Corte ha avuto già occasione di statuire ¹¹⁴ che la legislazione nazionale non può fissare a carico delle succursali di società di altri Paesi dell'Unione alcun obbligo diverso ed ulteriore rispetto a quelli sanciti dall'Undicesima Direttiva ¹¹⁵, onde l'enumerazione ivi contenuta è tassativa. L'Undicesima Direttiva si applica però (articolo 1 comma 1) solo alle società rientranti nell'ambito alla Prima Direttiva ¹¹⁶: alle altre società si applicherà il disposto dell'articolo 2508 del codice civile, primo comma. Il secondo comma corrisponde nella sostanza all'articolo 1 comma 2 dell'Undicesima Direttiva, onde non pone problemi applicativi. Per quanto concerne l'ultimo comma dell'articolo 2508, va rilevato ¹¹⁷ che col rinvio all'articolo 2250 si richiama l'obbligo di indicare il capitale versato ed esistente e se la società abbia un unico socio: queste informazioni non sono contemplate dall'Undicesima Direttiva e quindi sono inapplicabili alle società che rientrino nel perimetro applicativo di quest'ultima.

E' controversa ¹¹⁸ l'applicabilità alle sedi secondarie di società comunitarie dell'articolo 2509*bis* del codice civile. Va probabilmente osservato che la sanzione della responsabilità illimitata finisce con l'equiparare le società straniere che omettano la pubblicità delle sedi secondarie non alle società italiane che commettano analoga irregolarità (articolo 2630 del codice civile: semplice sanzione amministrativa) ma a quelle che ancora non abbiano completato l'iter

113 LICINI C., *La sentenza Überseering della Corte di giustizia CE riscrive il d.i.p. per le società comunitarie*, in *Notariato*, 4/2003, 359.

114 *Inspire Art* (citata a nota 98) punto 72.

115 Citata a nota 21.

116 In prima rudimentale approssimazione: le società di capitale.

117 DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, 322.

118 Un'analisi assai completa in DAGNINO F., *Il trattamento delle società straniere e pseudostraniere nel Diritto Comunitario e nel Diritto Interno*, 323.

costitutivo e siano quindi prive di personalità giuridica (articolo 2331). Si tratta quindi di una disparità di trattamento che verosimilmente non reggerebbe ad una verifica ad opera della Corte dell'Unione ¹¹⁹.

L'iter che conduce all'iscrizione della sede secondaria di una società di altro Paese dell'Unione non presenta particolari differenze rispetto a quella relativa a società extracomunitarie, descritto sopra, punto 4.2.2.2. Va notata però la norma di cui all'articolo 101^{quater} delle disposizioni d'attuazione, secondo cui *le società soggette alla legislazione di un altro Stato appartenente alla Comunità economica europea, le quali stabiliscono nel territorio dello Stato più sedi secondarie con rappresentanza stabile, possono attuare la pubblicità dell'atto costitutivo, dello statuto e dei bilanci nell'ufficio del registro delle imprese di una soltanto delle sedi secondarie, depositando negli altri l'attestazione dell'eseguita pubblicità.*

5.3 CONCLUSIONE

La giurisprudenza della Corte dell'Unione ha disegnato, per la sede secondaria di società comunitaria, un regime che appare sulla carta estremamente invitante: è ormai pacificamente possibile costituire una società nel Paese la cui legislazione sembri più conveniente, per poi farla operare in qualunque parte dell'Unione. Il ricorso a tale strumento è però, almeno per quanto concerne il nostro Paese, quantitativamente assai limitato; è probabile che la spiegazione, molto banalmente, risieda nel fatto che la creazione di un soggetto di diritto italiano non comporta, dopotutto, oneri così importanti ¹²⁰ da suggerire il ricorso a strategie transfrontaliere. Lo confermerebbe la sensazione secondo cui sarebbero soprattutto Banche ed Assicurazioni a scegliere la via della sede secondaria, per sfuggire alle complicazioni (quelle sì, tutt'altro che trascurabili!) derivanti da una costituzione ex novo in Italia.

Congetture a parte, resta comunque esatto osservare che l'omogeneizzazione del quadro giuridico continentale è ormai sempre più evidentemente affidata a due strategie concorrenti: le iniziative

119 Vi è un più che eloquente spunto in tal senso al punto 64 di *Inspire Art* (citata a nota 98).

120 Non è stato sempre così: il milione di lire previsto nel 1942 quale capitale minimo per la spa corrisponde oggi a circa mezzo milione di euro; una barriera all'ingresso quattro volte più alta dell'attuale.

normative e la concorrenza tra ordinamenti, resa effettiva dal diritto di scegliere il diritto applicabile ad una società prescindendo dall'area ove la società stesa andrà ad operare ¹²¹. Una possibilità che può esplicare, qui come in tanti altri campi, effetti importanti anche a livello di mera deterrenza, scoraggiando l'introduzione di misure che potrebbero rendere appetibile una migrazione verso lidi meno severi. Supera l'obiettivo di queste pagine interrogarsi sugli effetti ¹²² di un siffatto assetto, e in ispecie sulla possibilità che si inneschi per tale via quella corsa verso l'indebolimento delle tutele per i creditori, i soci di minoranza ed i terzi in generale che va sotto il nome di *race to the bottom* ¹²³.

121 Cui vanno probabilmente aggiunti gli interventi semischerzosamente noti nell'eurojargon come Politica28: la creazione di istituti comunitari, creati per Regolamento, che prescindono da qualsivoglia armonizzazione formale ma si pongono in concorrenza con gli strumenti di diritto interno dei ventisette diritti dei Paesi dell'Unione (di qui il nomignolo).

122 Su cui diffusamente LOMBARDO S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa*, 2003, I, 456.

123 *Ex multis*, HOLST C., *European Company Law After Centros: Is The EU On The Road to Delaware?*, 8 *Colum. J. Eur. L.* 323 (2002).