

L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia

del prof. Carlo Amatucci

1. Tra i problemi di diritto societario europeo più vivi che non cessano di suscitare dibattiti e contrasti interpretativi nei diversi Stati membri, anche a distanza di decenni – ricordo per tutti il fallito tentativo, nel progetto di Convenzione del 1968, di raggiungere una forma di mutuo riconoscimento delle società europee –, v'è senz'altro il trasferimento della sede e della succursale delle società commerciali. Apparentemente marginale, se paragonato ai grandi temi di diritto sostanziale che hanno interessato, a partire dagli anni '60, i principali momenti della vita delle società, quello della sede è stato invece, e per così dire, la "bussola" del diritto societario europeo che ci aiuta, tuttora, a comprendere il percorso ed il destino dell'ambizioso processo di armonizzazione delle regole che governano le società di capitali.

Negli ultimi anni, ci si è addirittura interrogati – prima in Germania e poi in Italia – sulla crisi di legittimità o, come ha scritto Portale (*Armonizzazione e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di Campobasso, t. 1, Milano, 2003, p. XIII), sulla sensatezza del processo di armonizzazione del diritto societario europeo. Interrogativo che va ricondotto al problema di fondo dell'avvenuto superamento del principio di armonizzazione da parte del principio di concorrenza fra gli ordinamenti.

Nel dibattito attorno alla compatibilità con le libertà comunitarie fondamentali (libertà di stabilimento ex artt. 43 e 48 del Trattato) delle norme nazionali che indicano nella sede effettiva dell'amministrazione della società, o nell'oggetto principale della stessa, i criteri di individuazione della legge applicabile alle società, le oramai ben note decisioni della Corte di Giustizia, da *Centros* a *Inspire Art*, passando per *Uberseering*, prendono una chiara e netta posizione. Negando tale compatibilità, esse si orientano decisamente a favore della libertà di stabilimento. Aprono così all'interno dell'UE – ed in modo più intenso di quanto non stia avvenendo in altri settori del diritto europeo – il fenomeno della competizione tra gli ordinamenti, gran parte dei quali ancora fermi alla teoria della sede effettiva, improntata alla tutela degli interessi esterni alle società di capitali, primo fra tutti quello dei creditori sociali e dei lavoratori.

L'*incipit* di questo indirizzo giurisprudenziale lo dobbiamo alla citata sentenza *Centros* del 9 marzo 1999 (Causa C-212/97, in *Foro it.* 2000, IV, c. 317 con nota di Fortunato), nella quale i giudici comunitari hanno ritenuto irrilevante il fatto che una società sia stata costituita in uno stato membro al solo scopo di fruire di una legislazione più vantaggiosa e di stabilirsi poi con una sede secondaria in un altro stato membro, nel quale svolgere anche il complesso delle sue attività economiche. Il ricorso al regime normativo più favorevole di un altro ordinamento non costituirebbe, di per sé, abuso, ma rientrerebbe proprio nell'esercizio della libertà di stabilimento (per un approfondimento, ex *pluribus*, Perrone, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul <caso Centros>*, in *Riv. soc.*, 2001, 1292). Orientamento che induce oramai a prendere atto della morte della teoria della sede.

Le uniche legittime restrizioni che la libertà di stabilimento delle società può subire sono, infatti, quelle elencate dall'art. 46, comma 1° del Trattato – disposizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica – in quanto accompagnate da tre condizioni:

- che i provvedimenti nazionali restrittivi si applichino in modo non discriminatorio;
- che essi siano giustificati da motivi imperativi di ordine pubblico (tale non è stata reputata, nel caso *Uberseering*, la tutela dei creditori sociali, pubblici e privati, ritenuti dalla Corte di giustizia sufficientemente protetti dalla XI direttiva);
- che essi siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andando oltre quanto necessario per il suo raggiungimento;

Questi importanti sviluppi giurisprudenziali, improntati al principio del mutuo riconoscimento delle società – anch'esso ambizioso, occorre dirlo, in mancanza di uniformità del diritto sostanziale, nonché di un coordinamento tra autorità analogo a quello esistente per le imprese di investimento comunitarie in materia di mercati finanziari – riconoscono, dunque, ai privati il diritto di scegliere, fra le leggi societarie degli Stati membri, quella ritenuta più idonea alla costituzione di una società, in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali nel mercato unico.

Ne discende che tale rinvigorito diritto di stabilimento: i) configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e, quindi, azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie; ii) sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo stato di incorporazione altri contatti, se non la scelta operata al momento della costituzione; iii) fa sì che uno Stato possa ostacolare il pieno godimento di tale diritto soltanto in via eccezionale, quando vanti un'esigenza imperativa alla tutela dei propri preminenti interessi pubblicistici (cfr. Benedettelli, <<Mercato>> *comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc.*, 2003, 701).

2. Per cogliere il senso e le rilevanti ricadute applicative dei principi giurisprudenziali suddetti, bastino due rapidi cenni alle vicende *Uberseering* (5 novembre 2002, Causa C-208/00, cfr. Ballarino, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669) e *Inspire Art* (30 settembre 2003, Causa C-167/01, in *Giur. comm.*, 2005, II, 5, con nota di Nocella) che li hanno, da ultimi, consolidati.

Nel primo caso, la *Uberseering* – società di diritto olandese - conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Dusseldorf, una società appaltatrice tedesca per vizi dell'opera. I giudici negarono all'attrice la capacità giuridica e quindi la capacità processuale, essendo state tutte le quote sociali acquistate da due cittadini tedeschi, entrambi residenti in Germania. Il Tribunale, sposando la teoria della sede, considerava la società con sede in Germania e, pertanto, soggetta al diritto tedesco, col risultato che per poter acquistare la capacità giuridica avrebbe dovuto ricostituirsi secondo tale diritto. La Corte di Giustizia, ritenendo invece che tale giudicato comportava un'ingiustificata restrizione del diritto di stabilimento, consacrò la competenza esclusiva dello Stato d'origine a decidere - nell'ipotesi di trasferimento della sede all'estero - sul mantenimento della personalità giuridica, con tutte le relative conseguenze.

Nella seconda vicenda, la *Inspire Art*, società costituita nel Regno Unito, con amministratore unico residente in Olanda - ordinamento quest'ultimo in base al quale, applicando il criterio della costituzione, la società doveva essere riconosciuta come società di diritto inglese – aprì una succursale in Olanda. La legge locale sulle società formalmente straniere apportava alcune restrizioni alla teoria della costituzione nei confronti di quelle società che esercitavano la loro attività pressoché integralmente nei Paesi Bassi, senza avere legami reali con il paese di origine. In particolare, per la Camera di commercio olandese il mancato adeguamento della *Inspire Art* agli obblighi sul capitale minimo costituiva un chiaro indizio del pericolo di abuso o di frode.

Ai sensi della legislazione olandese, le società formalmente straniere sono assoggettate all'obbligo di dotazione di un capitale minimo, nonché alla responsabilità solidale degli amministratori per il caso di mancato rispetto dell'obbligo di iscriversi nel registro delle imprese olandesi, con l'indicazione di "società formalmente straniera". Norma pressoché coincidente con il nostro art. 2509-bis c.c. per il quale "fino all'adempimento delle formalità [pubblicitarie] coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali".

Per la Camera di commercio olandese tale disciplina non toccava la libertà di stabilimento, limitandosi ad imporre alle società costituite in base ad un ordinamento diverso determinate condizioni volte ad assicurare ai terzi, da un lato, l'informazione circa la natura di società formalmente straniera e, dall'altro, le stesse garanzie di cui essi godono quando contrattano con le società olandesi. Si trattava di condizioni non discriminatorie – ispirate alla tutela degli interessi dei consumatori e dei

creditori - che trovano il loro equivalente nelle norme imperative del diritto societario olandese applicabile alle società di capitali ivi costituite.

A leggere il punto 109 della sentenza, sempre secondo la Camera di commercio ed il Governo olandese, gli obiettivi della disciplina speciale "sarebbero infatti la repressione delle frodi, la tutela dei creditori, la garanzia dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà nei rapporti commerciali". Si legge ancora che "le norme sul capitale minimo perseguirebbero principalmente lo scopo di rafforzare la capacità finanziaria delle società, garantendo in tal modo una tutela più intensa dei creditori privati e pubblici. Esse avrebbero lo scopo di proteggere tutti i creditori dal rischio di insolvenza fraudolenta, rischio che sorge con la costituzione di società sottocapitalizzate."

Ora, sia sulla base della premessa che la pubblicità delle succursali, come realizzata dall'undicesima direttiva, è esaustiva, sia e soprattutto sulla base della supposta natura non imperativa delle norme olandesi sul capitale minimo, in funzione di tutela dei creditori sociali, le norme di quello Stato membro sono state giudicate dalla Corte ingiustificatamente restrittive della libertà di stabilimento, non trovando fondamento né nell'interesse generale, né in un abuso del diritto comunitario, né in una frode alla legge nazionale. Dunque, per la Corte, l'immigrazione nei Paesi Bassi di una società inglese non può essere impedita da nessuna regola di diritto locale che imponga un capitale minimo e/o una responsabilità degli amministratori.

Il punto veramente centrale della motivazione è che per la Corte i potenziali creditori della società inglese – si legge ancora espressamente – "sono sufficientemente informati del fatto che essa è soggetta ad una legislazione diversa da quella che disciplina, nei Paesi Bassi, la costituzione delle società a responsabilità limitata e, segnatamente, le disposizioni in materia di capitale minimo e di responsabilità degli amministratori". [...] Se le garanzie fornite dal diritto inglese si dimostrassero insufficienti a tutelare le loro ragioni, i creditori potrebbero ottenerne altre o rinunciare a trattare con una società di diritto straniero". Soluzione che poggia completamente su una presunta adeguatezza dell'informazione circa la diversità di disciplina e di protezione accordata, tuttavia non sempre efficace per ogni creditore, segnatamente per i meno forti, nonché per la nutrita schiera di quelli "involontari".

3. Quali, a questo punto, le conseguenze sul diritto internazionale societario del nuovo orientamento della Corte di Giustizia? E' sostenibile che una società validamente costituita in uno degli Stati dell'Unione, restando soggetta allo statuto del luogo di costituzione (sia per quanto riguarda i rapporti esterni che quelli interni) può:

- istituire in un altro Stato membro una succursale destinata ad esercitare la totalità dell'attività sociale (c.d. *pseudo-foreign corporations*), con lo scopo evidente di eludere il diritto locale relativo alla costituzione del corrispondente tipo di società; creando, ad esempio, una *private limited company* nel Regno Unito o in Irlanda (dove non esiste, per questo modello di società corrispondente alla nostra s.r.l., un obbligo di dotazione di un capitale sociale minimo, né è prescritto, se il capitale non raggiunge gli € 18.000, alcun versamento parziale del conferimento), con successivo trasferimento della sede effettiva in Danimarca o in Olanda, dove, per contro, per la s.r.l. è imposto un capitale minimo ed è stabilita una adeguata tutela della sua integrità;
- trasferire la sua sede sociale effettiva in un altro Stato membro senza vedersi opposta la perdita della personalità giuridica con obbligo di ricostituzione;

In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia consente ai soci-fondatori di una società di trasformare una situazione puramente interna in una situazione intracomunitaria e di appellarsi, successivamente, alla libertà di stabilimento per neutralizzare le disparità di legislazione tra l'ordinamento dell'incorporazione (più liberale) e lo stato di accoglienza, che potrebbe imporre obblighi sostanziali più gravosi.

La questione rilevante e non priva di ombre di tale orientamento è che non sussisterebbero spazi di integrazione per la tutela dei creditori sociali, perlomeno nei casi in cui il diritto dello Stato di costituzione della società risulti, come è accaduto, lacunoso rispetto a quello dello Stato ospitante.

Va, tuttavia, segnalato che una parte significativa della dottrina europea - persino autorevoli interpreti appartenenti ad ordinamenti meno rigorosi in tema di capitale sociale, come il Regno Unito (cfr., in particolare, Ferran, *The place for creditor protection on the agenda for modernization of Company Law in the European Union*, in *ECGI Working Paper Series in Law*, n. 51/2005) - non apprezza tale svalutazione giurisprudenziale della funzione di garanzia per i creditori sociali che il capitale minimo - a dispetto dei diffusi tentativi di rimpiazzo con non meglio definite tecniche di patrimonializzazione -, continua ad assolvere. In particolare, lascia perplessi l'affidamento della tutela dei creditori al solo principio di autoresponsabilità, ossia al sistema di pubblicità predisposto dalla XI direttiva, affiancato dal regime di contabilità di cui alla IV direttiva (cfr., altresì, Portale, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 137).

Tale tendenza - che come osserva la Ferran, si riscontra anche nell'*Action Plan for Company Law Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union*, redatto recentemente dalla Commissione UE - pone rilevanti problemi di compatibilità del processo di svilimento del capitale sociale con i principi posti a tutela dei creditori sociali, contenuti nella Seconda Direttiva, i quali, come osserva l'Autrice, risulterebbero violati in mancanza di adeguate contromisure.

In ogni caso, uno dei principali effetti per il diritto italiano di questa giurisprudenza è la parziale disapplicazione dell'art. 21, 1° c. della l. n. 218/95 - sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - secondo il quale, fermo restando il principio per cui le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione, " *si applica tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti*".

Stesso discorso per la sanzione stabilita dal citato 2509-bis c.c. - sulla responsabilità degli amministratori in caso di inosservanza delle formalità pubblicitarie prescritte per le società estere - la quale, se sottoposta al medesimo tipo di *screening* comunitario, risulterebbe restrittiva della libertà di stabilimento, trattandosi di sanzione diversa rispetto a quella prevista per la violazione di obblighi di pubblicità da parte di società italiane.

4. Quanto al più ampio ed affascinante tema della competizione tra ordinamenti, vengono in mente alcune convincenti riflessioni di Alpa (*La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Bari, 2004, p. 48-56) alle quali si affida la conclusione di queste brevi notazioni. E' una finzione, per l'illustre A., pensare che la competizione tra ordinamenti sia un valore in sé, "perché rispettoso della diversità [...] quasi che la pluralità di regole fosse di per sé un bene ed invece l'uniformità fosse di per sé un male [...] esprimesse un disvalore. [...] Nella realtà delle cose, la diversità o l'omologazione sono apprezzabili per i contenuti che esse recano, piuttosto che non per le differenze o le convergenze che esse esprimono. [...] Senza contare poi che se la concorrenza è tale da assegnare la prevalenza ad un modello, non perché migliore ma perché più forte, la concorrenza finirà per far scomparire i modelli deboli, anche se più apprezzabili, per favorire il modello vincente, anche se meno pregevole".