IL CASO *CARTESIO* E LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO DELLE SOCIETÀ NELL'UNIONE EUROPEA

Sara Bernasconi[1]

1. Introduzione.

Il 16 dicembre 2008 è stata finalmente pubblicata la tanto attesa sentenza della Corte di giustizia nel caso *Cartesio*.[2] Un altro tassello si aggiunge alla giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società, dopo le ben note pronunce *Daily Mail*,[3] *Centros*,[4] *Überseering*[5] e *Inspire Art*.[6]

La decisione in commento offre senz'altro numerosi spunti di riflessione e, tuttavia, non appare di facile né immediata lettura. Su molti aspetti lascia, infatti, ampi margini di incertezza e pare aprire la via a più interrogativi di quanti non ne risolva.[7]

I fatti che hanno dato origine alla controversia sono relativamente semplici. La società *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (d'ora in poi semplicemente "*Cartesio*") è stata costituita il 20 maggio 2004, in conformità alla legislazione ungherese, nella forma giuridica della "*betéti társaság*" (assimilabile alla società in accomandita per azioni italiana).[8] La sua sede sociale è stata inizialmente fissata a Baja (nel sud dell'Ungheria). L'11 giugno 2004 è stata iscritta nel registro delle imprese.

L'11 novembre 2005 la società, desiderosa di spostare la propria sede a Gallarate (Italia) con l'intenzione di mantenere però il proprio *status* di società di diritto ungherese, ha presentato al *Bács-Kiskun Megyei Bíróság* (tribunale regionale di *Bács-Kiskun*), nella veste di tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese (*Cégbíróság*), apposita domanda di modifica dell'iscrizione a sé relativa nella parte riguardante l'ubicazione della sede sociale. L'istanza è stata rigettata sul rilievo che la legge ungherese non consentiva alle società costituite secondo il diritto interno di trasferire la propria sede sociale al di fuori del territorio nazionale pur mantenendo lo *status* di società retta dal diritto ungherese.

La *Cartesio* ha quindi impugnato la citata decisione dinanzi allo *Szegedi Ítélőtábla* (Corte d'appello di *Szeged*), lamentando l'incompatibilità della normativa ungherese, rea di discriminare le società commerciali in funzione della collocazione della sede sociale nei diversi

Stati membri, con gli artt. 43 e 48 CE. La Corte d'appello di *Szeged*, ritenuti quanto meno fondati i dubbi della società ricorrente, ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire la corretta interpretazione degli artt. 43 e 48 CE, specialmente alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in materia.[9]

Le prime tre questioni pregiudiziali, pur interessanti, esulano dalla presente trattazione; si tratta di aspetti strettamente processuali legati alla natura giurisdizionale dell'organo competente ad effettuare il rinvio ai sensi dell'art. 234 CE. Occorre invece concentrare l'attenzione sulla quarta questione formulata dal giudice *a quo*, quella relativa al merito della controversia e cioè al diritto della *Cartesio*, società costituita conformemente alla legislazione di uno Stato membro, di trasferire la propria sede sociale in un altro Stato membro senza per questo perdere lo *status* originario di società retta dal diritto del paese di costituzione.

Come ben riassunto dalla Corte, si trattava di capire se gli artt. 43 e 48 CE dovessero essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale quale quella ungherese che impedisce ad una società costituita a norma del diritto nazionale di detto Stato membro di trasferire la sua sede in altro Stato membro, mantenendo al contempo lo *status* di società governata dal diritto nazionale dello Stato membro conformemente alla cui legislazione è stata costituita. In particolare, il giudice *a quo* ha distinto due aspetti:[10] da un lato l'ambito di applicazione del diritto di stabilimento, dall'altro la compatibilità delle normativa ungherese con gli artt. 43 e 48 CE interpretati alla luce della precedente giurisprudenza in materia. I dubbi si affollavano anzitutto attorno all'idea che, in assenza di armonizzazione, una situazione quale quella del caso di specie (ossia una società costituita secondo il diritto ungherese desiderosa di spostare la sua sede operativa al di fuori del territorio nazionale senza perdere lo *status* originario) non rientrasse nella libertà di stabilimento e ricadesse piuttosto nella competenza esclusiva dello Stato membro di costituzione. Altro aspetto da chiarire era la possibilità per una società costituita in virtù del diritto nazionale di uno Stato membro di invocare direttamente gli artt. 43 e 48 CE al fine di trasferire la sede sociale in un altro Stato membro e, in caso affermativo, la facoltà per lo Stato membro, d'origine o di destinazione, di imporre qualche condizione o autorizzazione a tale operazione. Sullo sfondo restava la questione della presunta natura discriminatoria del diritto ungherese e della sua compatibilità con gli artt. 43 e 48 CE dal momento che essa, di fatto, vietava il trasferimento di sede alle società che intendevano rimanere regolare dal diritto dello Stato di costituzione anche a seguito dell'avvenuto trasferimento.

La fattispecie concreta sottoposta ai giudici comunitari non è inconsueta. In un epoca di globalizzazione e, ancor più, in uno spazio economico integrato quale quello comunitario è anzi sempre più frequente che le società esercitino la loro attività in più d'uno Stato membro e

desiderino potersi muovere liberamente all'interno del territorio dell'Unione. Tale fenomeno trova una disciplina specifica nelle norme di cui agli artt. 43 e 48 CE, che attribuiscono alle persone fisiche e alle società il diritto di stabilirsi liberamente nel territorio comunitario al fine di esercitarvi in modo continuato e duraturo un'attività economica senza vincolo di subordinazione alle stesse condizioni ivi previste per i cittadini.[11]

Tale libertà comprende la possibilità di aprire sedi secondarie (agenzie, succursali, filiali) in altri Stati membri (nel qual caso di parla solitamente di stabilimento *a titolo secondario* o semplicemente di stabilimento *secondario*) oppure di costituire o gestire imprese in Stati membri diversi da quello d'origine (ipotesi che si suole generalmente definire stabilimento *a titolo principale* o *primario*).

Se in astratto questo diritto è pieno, nella pratica esso incontra numerosi ostacoli che ne rendono complessa l'attuazione, specie quando si tratti di stabilimento a titolo principale delle società.[12] Alla luce di ciò ben si comprende la rilevanza e l'interesse suscitato dal caso in esame, che ha rappresentato una nuova occasione per riflettere sul tema dalla mobilità transfrontaliera delle società, nella forma particolare del trasferimento della sede sociale.

Uno dei molteplici aspetti che occorre esaminare a proposito della reciproca influenza e interazione tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali[13] è quello delle possibili limitazioni derivanti dall'applicazione degli artt. 43 e 48 CE alla libertà degli Stati membri in tema di disciplina delle società, dal duplice punto di vista materiale e conflittuale. Si tratta, in altri termini, di verificare in che misura quella originaria libertà rimanga ancora effettivamente in capo agli Stati membri dopo aver considerato il principio del primato del diritto comunitario e l'efficacia diretta del diritto di stabilimento, norma fondamentale dell'ordinamento dell'Unione.

A complicare la decisione del giudice comunitario si è aggiunta la peculiare modalità attraverso cui la *Cartesio* ha cercato di esercitare la sua libertà di stabilimento, ovvero il trasferimento della sede sociale. Essa è senz'altro la forma più problematica di esercizio della libertà comunitaria, tanto che talvolta si è persino dubitato della sua inclusione tra le modalità di esercizio del diritto sancito dagli artt. 43 e 48 CE.[14] Uno dei principali ostacoli alla sua realizzazione deriva dalla notevole diversità tra le legislazioni nazionali che si occupano del fenomeno societario. Nonostante una intensa opera di armonizzazione del diritto societario sostanziale realizzata dal legislatore comunitario a partire dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso,[15] numerose differenze ancora persistono su questo piano; a queste vanno sommate quelle esistenti tra le norme di conflitto adottate dagli Stati membri in materia di società, sulle quali lo sforzo armonizzatore non ha minimamente inciso. Quest'ultimo profilo si presenta particolarmente sensibile nei casi di mobilità societaria, quali quello del trasferimento

transfrontaliero della sede sociale, data la varietà criteri di collegamento accolti dagli Stati membri in materia di società e le conseguenze che da essa discendono in punto di legge applicabile alle società coinvolte in simili operazioni. In un contesto come quello comunitario, in cui il diritto di stabilimento rappresenta una delle libertà fondamentali sui cui si regge tutto il sistema, è chiaro che l'esigenza di trovare una qualche forma di coordinamento tra i diversi ordinamenti coinvolti risulta ancora più urgente. Ciononostante, essa non ha ancora trovato risposte soddisfacenti, né attraverso l'attività legislativa comunitaria né per il tramite della "concorrenza tra ordinamenti", sempre più spesso proposta come soluzione alternativa.[16]

La sentenza *Cartesio* ha offerto poi alla Corte un'ulteriore occasione per rileggere la propria giurisprudenza e chiarirne la portata alla luce dell'evoluzione subita dall'ordinamento comunitario nei trent'anni (e più) trascorsi dal primo caso *Daily Mail.* Le difficoltà di collocazione di quella pronuncia in un panorama giurisprudenziale per il resto piuttosto omogeneo riemergono ad ogni nuova controversia concernente il diritto di stabilimento delle società. La *Daily Mail* viene sempre e immancabilmente richiamata dalle parti, generalmente dai governi degli Stati membri le cui norme sono di volta in volta sotto esame, a conferma dell'impossibilità di ricavare direttamente dagli artt. 43 e 48 CE un diritto delle società al trasferimento transfrontaliero della sede sociale. Tale è anche il caso del governo ungherese, il quale ha sostenuto nuovamente la bontà delle conclusioni del caso *Daily Mail*.[17]

Da ultimo, le molte aspettative suscitate dalla pronuncia in esame si spiegano con le circostanze che hanno accompagnato il caso *Cartesio*. Ormai da anni, infatti, giace sul tavolo delle istituzioni comunitarie una proposta di XIV direttiva concernente il trasferimento transfrontaliero della sede sociale. Il progetto è stato periodicamente ripreso e abbandonato (una bozza di proposta fu pubblica nel lontano 1997).[18] Nel 2007, quando nuovi sviluppi sembravano imminenti, la Commissione ha comunicato, per bocca del commissario al mercato interno McCreevy, la sua volontà di rallentare prima e di abbandonare poi del tutto i lavori intrapresi, adducendo tra le poco convincenti motivazioni quella della superfluità della direttiva alla luce della *emittenda* decisione della Corte nel caso *Cartesio*. Secondo l'opinione del commissario, la sentenza della Corte avrebbe, da sola, risolto l'annosa questione del trasferimento transfrontaliero della sede sociale.[19] Certo un grande attestato di stima nei confronti dell'istituzione che, ormai da anni ormai, gioca un ruolo fondamentale nell'attuazione del diritto di stabilimento,[20] anche se forse un po' eccessiva alla luce della complessità del problema.

2. Il diritto di stabilimento delle società.

Il tema è di sicuro rilievo, anche dal punto di vista economico, oggi così come ieri, prova ne è il fatto che il trattato di Roma contiene sin dalle origini un capo dedicato al diritto di

stabilimento. La formulazione delle due disposizioni centrali per la libertà di stabilimento (ovvero gli originari artt. 52 e 58, poi divenuti con Amsterdam artt. 43 e 48 CE e oggi trasfusi negli artt. 49 e 54 del TFUE in vigore dal 1 dicembre 2009) è rimasta pressoché inalterata.[21] Evidentemente più di mezzo secolo fa gli autori del trattato avevano già intuito la centralità del ruolo delle società nel progetto di integrazione comunitaria (che allora era considerata peraltro solo dal punto di vista strettamente economico). Eppure ci sono voluti alcuni decenni perché si arrivasse a discutere della questione centrale, ovvero della possibilità per una società validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro di invocare direttamente le norme del trattato al fine di ottenere il riconoscimento, anche negli Stati membri diversi da quello di costituzione, della propria soggettività giuridica a seguito dell'esercizio del diritto di stabilimento in una qualunque delle forme previste dal diritto comunitario.[22]

Ai fini del godimento del diritto di stabilimento sancito dall'art. 43 CE, le società sono equiparate, a mente dell'art. 48 CE, alle persone fisiche aventi la cittadinanza di uno Stato membro. Ciò a due condizioni: che siano costituite a norma della legislazione di uno Stato membro e che presentino un collegamento con il territorio della Comunità (sia esso costituito dalla sede sociale, dall'amministrazione centrale o dal centro di attività principale).[23] Identici sono i termini della questione anche in base ai nuovi artt. 49 e 54 del TFUE (e, tuttavia si continuerà qui a fare riferimento alle disposizioni del trattato appena cessato vista la loro applicabilità al caso in commento *ratione temporis)*.

Se dal punto di vista teorico l'equiparazione è dunque piena e le società godono del diritto di stabilimento nella stessa misura in cui ne sono beneficiari i cittadini dell'Unione persone fisiche purtroppo, sul piano concreto, l'attuazione di tale libertà ha incontrato notevoli ostacoli derivanti soprattutto dalle numerose e significative differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri, sia dal punto di vista del diritto sostanziale, sia da quello del diritto internazionale privato. Il semplice riconoscimento da parte della Corte della efficacia diretta dell'art. 43 CE[24] non è stato fin qui sufficiente a superare gli impedimenti pratici che ne ostacolano la realizzazione.

Poco hanno potuto in questo senso altri strumenti introdotti dalle istituzioni comunitarie, grazie a differenti basi giuridiche, con l'intento di facilitare l'esercizio del diritto di stabilimento da parte delle società. In particolare, l'art. 44, c. 2, lett. *g* ha consentito nel corso degli anni l'adozione di numerose direttive di armonizzazione del diritto societario, la prima risalente al 1968.[25] L'art. 293 CE rappresenta invece una sorta di *pactum de contrahendo* tra gli Stati membri, i quali si sono impegnati ad avviare fra loro, ove occorra, negoziati intesi a garantire a favore dei loro cittadini proprio il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, comma secondo CE, 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. Infine, l'art. 308 CE ha costituito, in tempi più recenti, la base giuridica per l'adozione dello statuto della Società europea (SE)[26] e della Società cooperativa europea (SCE),[27] come pure, in tempi più lontani – vigente ancora la vecchia numerazione pre-Amsterdam –, del regolamento istitutivo del Gruppo europeo di interesse economico (GEIE).[28] Anche la recente proposta di regolamento concernente la creazione di una Società privata europea (SPE) si fonda sulla medesima base giuridica.[29]

La funzione degli strumenti appena citati è solo ausiliaria e la loro creazione non ha certo esaurito tutti i problemi legati all'attuazione della libertà di stabilimento. Anzitutto, l'armonizzazione raggiunta per il tramite delle direttive societarie è parziale: essa concerne soltanto alcuni aspetti della nascita e della vita delle società costituite negli Stati membri e, per di più, riguarda solo le società di capitali. La *Cartesio*, ad esempio, non ne beneficia affatto. A ciò si aggiunga che nessuna iniziativa pattizia sul fondamento dell'art. 293 CE è mai andata a buon fine[30] e che i tipi societari comunitari sopra menzionati difficilmente potranno soppiantare quelli nazionali rimanendo, come sono, affetti dai medesimi difetti che impediscono alle società nazionali di essere veramente mobili (la peculiare costruzione del loro statuto, che abbisogna necessariamente di integrazione da parte dei singoli diritti nazionali, li mantiene ancorati a questi ultimi e, soprattutto, alle loro diversità).

Rilevanti e non trascurabili differenze rimangono, nonostante il parziale ravvicinamento, tra le legislazioni degli Stati membri e ciò dal duplice punto di vista del diritto materiale e del diritto internazionale privato. Sotto il primo profilo ci si rifà a quanto appena detto a proposito dell'opera di armonizzazione del legislatore comunitario. Quanto al secondo, i problemi derivano dal fatto che gli Stati membri adottano differenti teorie di conflitto in tema di determinazione legge applicabile alle società. Come noto, due sono le dottrine maggiormente diffuse in questo ambito.[31] La prima, la c.d. *incorporation theory*, di matrice anglosassone, determina la *lex societatis* utilizzando quale criterio di collegamento il luogo di costituzione (o di incorporazione)[32] della società. In altre parole, le società sono regolate dalla legge del paese in cui sono state costituite, in cui cioè sono stati posti in essere tutti gli adempimenti necessari alla loro valida creazione (spesso, in pratica, si fa riferimento alla registrazione, indispensabile in molti ordinamenti ai fini della costituzione di una società). Diversamente, la *Sitztheorie* o *théorie su siège réel* individua le legge applicabile alle società attraverso il luogo di ubicazione della sede c.d. reale o effettiva, sottraendo importanza al dato formale della sede indicata nello statuto e attribuendo invece maggior rilievo alla realtà dell'attività economica e delle gestione della società.

3. Il trasferimento della sede sociale nel diritto ungherese.

Le difficoltà non finiscono qui. Al quadro giuridico comunitario di riferimento finora delineato vanno aggiunte alcune complicazioni legate al contesto giuridico nazionale in cui il caso affrontato dal giudice comunitario si inserisce specificamente. Se la situazione fattuale è apparsa piuttosto semplice, lo stesso non può dirsi per quella normativa. Soprattutto, equivoci terminologici hanno notevolmente complicato la questione e hanno indotto in errore alcuni dei soggetti coinvolti nel procedimento presso la Corte di giustizia. Onde consentire una migliore comprensione dei problemi affrontati e una valutazione critica delle conclusioni cui sono giunti l'Avvocato generale e la Corte, sembra opportuno dunque soffermarsi brevemente sul diritto ungherese vigente al tempo in cui è sorto il caso *Cartesio* e sul concetto di sede rilevante.[33] E ciò da due punti di vista, il primo del diritto internazionale privato, il secondo del diritto materiale.

Il primo e principale malinteso attiene al tipo di sede che la società *Cartesio* intendeva trasferire in Italia. La *Cartesio* voleva spostare in Italia la sola sede effettiva, o reale che dir si voglia. L'Avvocato generale nelle sue conclusioni parla correttamente di "operational headquarters". La Corte, nella sentenza, specifica che si tratta della sede effettiva.[34] Su questo aspetto, tuttavia, alcuni dei governi intervenuti nel procedimento sono stati tratti in inganno dalla traduzione inglese della domanda di pronuncia pregiudiziale,[35] tanto da svolgere le proprie osservazioni sull'ipotesi del trasferimento del "registered office".[36]

Quanto al diritto commerciale ungherese, occorre leggere unitamente alcune disposizioni della legge CXLIV sulle società commerciali del 1997 e alcune altre della coeva legge CXLV sulla registrazione delle imprese. L'art 1 n. 1 della legge sulle società commerciali prevede che l'atto costitutivo contenga, tra le altre informazioni, l'indicazione della sede della società commerciale. Si badi che tale legge definisce il proprio ambito di applicazione, limitandolo alle sole società commerciali aventi sede nel paese.

Dal canto suo la legge sul registro delle imprese conteneva[37] alcune disposizioni particolarmente significative. Anzitutto, essa definiva espressamente la nozione di "società" quale "organizzazione commerciale che si costituisce mediante iscrizione nel registro delle imprese". Competente poi alla registrazione è il tribunale nella cui circoscrizione è ubicata la sede della società, sede che, a norma dell'art. 16 n. 1 di detta legge, era da individuarsi nel luogo in cui si trovava la sede direttiva.

Come è agevole ricavare, la legge sulle società commerciali di per sè non forniva alcuna definizione di "sede", né ne vincolava in alcun modo la collocazione. Era piuttosto la legge sulla registrazione delle imprese a prescrivere la coincidenza dei due tipi di sede, effettiva e legale.[38]

Di fatto, quindi, come ha correttamente rilevato l'Avvocato generale,[39] la legge ungherese prescriveva la coincidenza delle due sedi, legale e reale, per effetto del combinato disposto delle norme contenute nella legge sulle società commerciali e nella legge sulla registrazione delle imprese.

In merito al diritto internazionale privato ungherese, esso non si fondava, diversamente da quanto afferma l'Avvocato generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni,[40] nè si fonda sulla teoria della sede effettiva, se non in un paio di ipotesi residuali. Il decreto legge n. 13 del 1979 (concernente il diritto internazionale privato) prescrive quale criterio di collegamento generale per individuare la legge applicabile alle società il luogo di costituzione.[41] Due regole suppletive disciplinano l'ipotesi di persone giuridiche, società, che presentino collegamenti con più Stati o che non siano registrate in nessun paese (ad esempio il caso di una socetà con diverse sedi di importanza simile situate in altrettanti Stati, nessuno dei quali richiede la registrazione).[42] Sembra dunque di poter affermare che il diritto internazionale privato ungherese abbracci il criterio dell'*incorporation* piuttosto che quello della sede effettiva. Quest'ultimo infatti non rileva in via generale (essendo il luogo di registrazione il criterio prescritto a tal fine), ma solo in una delle due ipotesi residuali previste dal legislatore per situazioni specifiche in cui il criterio generale non assolva alla funzione di individuare univocamente la legge applicabile alla società.

In relazione al trasferimento della società, il diritto sostanziale ungherese non conteneva allora nè contiene oggi disposizioni specifiche né per il caso dello spostamento all'interno del territorio nazionale, né tanto meno per l'ipotesi del movimento transfrontaliero. Tuttavia, l'effettiva possibilità di effettuare il trasferimento della sede sociale all'interno del paese si può legittimamente ricavare dalle disposizioni di cui all'art. 34 della legge sulla registrazione delle imprese che richiedono l'obbligatorio emendamento del registro delle imprese in una simile ipotesi e assoggettano la realizzazione formale del trasferimento al potere del tribunale tenutario del registro territorialmente competente, il quale "dispone" lo stesso dietro apposita domanda di parte.

Fatte queste premesse circa la normativa ungherese, ci si può a questo punto domandare se una maggiore attenzione all'esatta ricostruzione della normativa ungherese avrebbe potuto portare la Corte e l'Avvocato generale a conclusioni differenti. Quel che è certo è che entrambi avrebbero potuto rilevare la discrasia allora esistente nell'ordinamento ungherese e tutte le difficoltà di coordinamento appena messe in luce. Se così fosse avvenuto, entrambi sarebbero partiti dal diverso presupposto che la norma di conflitto nazionale in astratto consentiva il trasferimento della sede (reale) in un altro Stato membro garantendo al contempo la continuità della personalità giuridica e il mantenimento dello *status* originario di società retta dal diritto

dell'Ungheria (paese d'origine in cui la *Cartesio* avrebbe mantenuto la sede legale), mentre gli ostacoli a tale operazione discendevano tutti dall'applicazione alla fattispecie del diritto materiale dello Stato d'origine. Se non altro le premesse del ragionamento sarebbero state più rigorose e il diverso accento posto sul solo diritto materiale avrebbe condotto la Corte a una maggiore considerazione degli effetti delle norme in questione e, forse, ad una risposta parzialemente diversa.

Si badi che nel caso *Cartesio* non si è trattato propriamente di affrontare le conseguenze di un conflitto di leggi e, dunque, nessuna considerazione in punto di individuazione della legge applicabile alla società si è resa necessaria.[43] In effetti, la *Cartesio* ha trovato un ostacolo immediato al trasferimento della sede operativa al di fuori dei confini nazionali nello stesso diritto sostanziale in virtù del quale era stata costituita e che essa avrebbe voluto continuasse a regolarne l'esistenza. È evidente che in una siffatta situazione l'unico diritto oggettivamente applicabile è quello dello Stato di costituzione, nella specie il diritto ungherese, il quale imponeva lo scioglimento della società e la sua ricostituzione in conformità alla legislazione dello Stato membro di destinazione. Non si tratta di negare la rilevanza transfrontaliera del caso di specie dal punto di vista della libertà di stabilimento e del diritto comunitario in genere, ma di limitare da un punto di vista puramente internazionalrivatistico l'esame della fattispecie, prendendo in considerazione come sola prospettiva quella del paese di costituzione della società. Infatti, il divieto imposto da quest'ultimo ha reso del tutto superfluo l'esame dell'eventuale atteggiamento dello Stato di destinazione (l'Italia) nei confronti di una società ungherese che avesse spostato la propria sede (operativa) nel suo territorio.[44]

Il cuore del caso in esame consisteva nello sciogliere i dubbi circa l'estensione della libertà riconosciuta allo Stato membro d'origine nei confronti di una società costituita in base al diritto nazionale; la libertà di cui si tratta è duplice: da un lato libertà di selezionare l'elemento ritenuto più opportuno (ad esempio la sede statutaria o, piuttosto, l'amministrazione centrale o il centro dell'attività principale) al fine di ritenere una società disciplinata dal proprio diritto materiale, dall'altro lato libertà di scegliere se concedere, o meno, alle società costituite conformemente al diritto nazionale la possiblità di modificare in un momento successivo alla costituzione tale elemento. Nel risolvere un simile interrogativo circa la libertà residua degli Stati membri la Corte non doveva ragionare da un punto di vista conflittuale (e, quindi, nell'ottica di delimitare l'incidenza degli ostacoli derivanti dalle differenti impostazioni adottate dagli Stati membri in tema di criteri di collegamento utili alla determinazione della *lex societatis*), quanto da un punto di vista materiale. Infatti, nel caso *Cartesio* l'eventuale ostacolo alla libertà di stabilimento discendeva unicamente dal diritto sostanziale dello Stato membro coinvolto, l'Ungheria, e non invece da un conflitto di leggi (com'era invece successo nel caso *Überseering*). In altri termini,

alla Corte si chiedeva se, in assenza di armonizzazione, la libertà degli Stati membri nel definire i due aspetti sopra menzionati incontrasse qualche limite nelle norme del trattato (più precisamente negli artt. 43 e 48 CE) oppure potesse essere esercitata liberamente e incondizionatamente.

4. Il *revirement* metodologico della Corte nella determinazione dei beneficiari della libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 43 e 48 CE.

Pur condividendo il medesimo punto di partenza, ovvero la questione pregiudiziale formulata dalla Corte d'appello di *Szeged*, l'Avvocato generale Poiares Maduro e la Corte hanno seguito due percorsi argomentativi molto diversi e sono giunti a conclusioni opposte. Senza dimenticare che vincolante per la soluzione della controversia è solo e soltanto la sentenza, ugualemente appare interessante soffermarsi sulle conclusioni dell'Avvocato generale poichè il confronto evidenzia un cambiamento nell'atteggiamento dei giudici comunitari, un vero e proprio *revirement*, nella definizione dei beneficiari della libertà di stabilimento rispetto alla giurisprudenza precedente.

L'Avvocato generale ha ritenuto la normativa ungherese confliggente con il diritto di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 CE in modo talmente rilevante da condurre ad una assoluta negazione del diritto stesso.[45] Lo *ius vitae necisque* degli Stati membri nei confronti delle società nazionali non può più, allo stato attuale del diritto comunitario, considerarsi assoluto e in ogni caso indipendente dai suoi *effetti* sulla libertà di stabilimento.[46] Occorre, invece, che esso sia esercitato in maniera compatibile con le disposizioni del trattato CE e che, nel caso determini una restrizione alla libertà comunitaria, questa sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale, non sia applicata in modo disciminatorio e sia rispettosa del principio di proporzionalità (nel senso di essere idonea allo scopo e di non andare oltre quanto necessario a tal fine).[47]

Il cuore del ragionamento dell'Avvocato generale è rappresentato dall'esame degli *effetti* che la normativa nazionale produce sulla libertà di stabilimento. Risolta positivamente e in modo molto sbrigativo la questione dell'applicabilità della libertà di stabilimento al caso *Cartesio*,[48] la riflessione si incentra sul carattere discriminatorio delle norme ungheresi in esame, accusate di disciplinare sfavorevolmente le situazioni transfrontaliere esclusivamente in ragione della loro natura non puramente interna. Attraverso la disamina dei precedenti giurisprudenziali in materia di libertà di stabilimento delle società e contestando le distinzioni sostenute in precedenza tra casi di immigrazione e emigrazione di società,[49] l'Avvocato generale ha giudicato le norme ungheresi sotto esame restrittive della libertà di stabilimento, e restrittive a un punto tale da

condurre all'assoluta negazione del diritto di stabilimento senza alcuna possibile giustificazione in grado di superare il test di proporzionalità.[50]

La Corte ha seguito invece un diverso approccio: si è soffermata a lungo sulla questione preliminare dell'applicabilità della libertà di stabilimento al caso *Cartesio* e, in particolare, sull'individuazione dei suoi beneficiari. Le riflessioni dei giudici si sono concentrate particolarmente sul rapporto tra il diritto comunitario e il diritto nazionale degli Stati membri, segnatamente sull'incidenza delle divergenze esistenti tra le normative nazionali sull'attuazione del diritto di stabilimento. Proprio sulla scorta delle osservazioni relative alla individuazione dei beneficiari della libertà di cui agli artt. 43 e 48 CE, sono giunti all'opposta conclusione che gli stessi non ostino ad una disciplina, come quella ungherese, che impediva ad una società costituita conformemente al diritto nazionale di trasferire la propria sede in un altro Stato membro senza perdere il suo *status* di società retta dal diritto dello Stato membro di costituzione.

La scelta dell'Avvocato generale sembra essere maggiormente in linea con la precedente giurisprudenza in materia di diritto di stabilimento delle società, nella quale lo schema di analisi ruota sempre attorno a tre ordini di verifiche a cui la Corte sottopone le norme nazionali di volta in volta in discussione: la sussistenza di una restrizione al diritto di stabilimento per effetto dell'applicazione delle norme nazionali, l'esistenza di una possibile giustificazione a tale restrizione (identificabile tra le deroghe di cui all'art. 46 CE o tra i motivi imperativi di interesse generale nella concezione elaborata dalla Corte), e infine, il superamento del c.d. *test Gebhard* in modo che la misura adottata per soddisfare una delle cause di giustificazione possa ritenersi idonea allo scopo prefissato, proporzionata all'obiettivo da raggiungere e il meno incisiva possibile.

Così è stato nel caso *Centros* in cui la Corte ha ritenuto che il rifiuto opposto da uno Stato membro alla richiesta di registrazione di una succursale da parte di una società validamente costituita in un altro Stato membro, dove tale società aveva la sede senza svolgervi alcuna attività, fosse incompatibile con la libertà di stabilimento sancita dal trattato poichè l'*effetto* di tale rifiuto era quello di impedire, di fatto, l'esercizio della libertà di stabilimento (secondaria), pure riconoscendo il diritto di ciascun paese ad adottare misure idonee a prevenire le frodi.[51] Ugualmente, e forse in modo più evidente, nel caso *Überseering* la Corte si è disinteressata della libertà degli Stati membri in punto di sistemi di conflitto e scelta di criteri di collegamento, giudicando ingiustificatamente restrittiva la normativa tedesca che disconosceva la capacità giuridica (e, segnatamente, processuale) di una società validamente costituita in un altro Stato membro e trasferitasi in Germania per il fatto che l'*effetto* da essa prodotto implicava la completa negazione del diritto di stabilimento. Di nuovo, nel caso *Inspire Art* la Corte ha

concluso in senso negativo circa la compatibilità con le norme del trattato della disciplina olandese sulle società formalmente straniere, in virtù dell'*effetto* da essa prodotto e cioè quello di imporre obblighi e sanzioni particolari per l'apertura di sedi secondarie nei Paesi Bassi anche alle società validamente costituite in altri Stati membri.

In tutti i casi precedenti, insomma, la Corte si è sempre (ad eccezione di *Daily Mail*) concentrata sulla libertà di stabilimento a partire dall'indagine sugli *effetti* derivanti dall'applicazione delle norme nazionali di volta in volta applicabili; la sua analisi non ha mai portato ad un giudizio di valore diretto circa le disposizioni nazionali in questione, nè tanto meno relativamente ai meccanismi (di tipo internazionalprivatistico) predisposti dagli Stati membri per la loro determinazione.[52] Le norme di conflitto adottate dagli Stati membri non sono mai state sotto esame diretto nella precedente giurisprudenza; sotto esame sono stati semmai gli *effetti* prodotti sulla piena attuazione del diritto di stabilimento dall'applicazione delle norme sostanziali individuate come applicabili al caso di specie, eventualmente tramite quelle stesse norme di conflitto predisposte da ciascuno Stato membro nell'esercizio delle proprie prerogative.[53] La libertà pur riconosciuta in capo agli Stati membri (libertà di determinare gli elementi rilevanti e necessari alla valida costituzione di una società ai sensi del diritto nazionale, libertà di consentire o non consentire la successiva modifica di tali elementi con il mantenimento dello *status* originario, libertà, infine, di adottare misure anti-frode) non è stata mai negata dalla Corte, anche se alcuni degli effetti prodotti dal suo esercizio sono stati giudicati incompatibili con il diritto comunitario.

Quanto invece al percorso seguito questa volta dalla Corte, si è parlato di ritorno al metodo conflittuale[54] e all'ortodossia giuridica[55] e persino di rinascita della teoria della sede reale.[56] Quel che si può affermarein termini generali è che la Corte ha rispolverato il principio di neutralità del diritto comunitario, ribadendo nuovamente ed in modo forse un po' inaspettato rispetto al trend in atto la piena libertà degli Stati membri, anche a discapito della effettiva realizzazione della libertà di stabilimento.[57]

In particolare, nell'analisi della sentenza *Cartesio* si possono distinguere due parti. La prima costituisce la vera e propria risposta al quarto quesito pregiudiziale come posto dal giudice *a quo.* Essa è volta a chiarire e delimitare, in tema di stabilimento, il reciproco ambito di applicazione del diritto nazionale da un lato e del diritto comunitario dall'altro nonché a individuare le interesezioni tra i due sistemi, il tutto alla luce dei precedenti giurisprudenziali specifici riletti in base ai tempi e alle circostanze del caso concreto. La seconda parte rappresenta invece un sorprendente *obiter dictum* poichè ivi la Corte si pronuncia su aspetti ultronei rispetto al quesito rivoltole, affrontando e stigmatizzando una distinzione tra le ipotesi

di trasferimento di sede sociale a seconda che si realizzino con o senza contestuale cambiamento della *lex societatis*.[58]

Nella prima parte della sentenza, quella relativa al trasferimento della sede sociale senza mutamento di legge applicabile, la Corte ha fatto espresso riferimento a due suoi precedenti in materia dalle conclusioni per altro molto diverse tra loro, utilizzandole come premesse logiche, maggiore e minore, da cui ricavare la conclusione già riferita in via del tutto automatica in un ragionamento sillogistico. Il punto di partenza è rappresentato ancora una volta dalla sentenza *Daily Mail* di cui la Corte di giustizia riprende la famosa osservazione circa la natura fittizia dell'ente societario (il quale esiste sono in virtù della normativa nazionale che gli ha dato origine e ne disciplina esistenza e funzionamento), nonchè le considerazioni relative alle notevoli differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri quanto agli elementi di contatto richiesti per la costituzione di una società e alla possibilità, accordata o meno, di modificare tali elementi in un momento successivo (determinando così la perdita del collegamento con l'ordinamento nazionale d'origine). Di tale diversità il trattato avrebbe tenuto conto ponendo su di un piano di equivalenza nel primo comma dell'art. 48 CE, ai fini della definizione delle società beneficiarie della libertà di stabilimento, i tre elementi più comunemente utilizzati dagli Stati membri come fattori di collegamento con l'ordinamento interno, vale a dire la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro di attività principale.[59]

La sentenza *Überseering*, confermando i precedenti, è invece servita ai giudici per ribadire la competenza degli Stati membri nella concessione alle società costituite a norme delle rispettive legislazioni della facoltà di spostare la sede sociale in un altro Stato membro senza per questo perdere la personalità giuridica loro attribuita originariamente, nonchè nella eventuale fissazione delle modalità del trasferimento. In virtù di tale competenza, dunque, ciascuno Stato rimane a tutt'oggi libero di imporre delle limitazioni alle società soggette al suo diritto laddove esse vogliano trasferire all'estero la sede sociale senza perdere però lo *status* di società regolate dal diritto dello Stato di costituzione. Un simile assunto sarebbe confermato dal dato testuale dell'art. 48 CE. L'unica soluzione possibile alle difformità esistenti tra le discipline nazionali in questo ambito sarebbe quella di affidarsi a iniziative pattizie fondate sull'art. 293, terzo trattino, CE, peraltro mai realizzatesi.[60]

I richiami appena citati alla ricordata giurisprudenza hanno consentito alla Corte di concludere, nel caso *Cartesio*, che l'applicabilità dell'art. 43 CE ad una società che invochi il diritto di stabilimento rappresenta una questione preliminare che deve essere risolta alla luce del solo diritto nazionale applicabile e non può invece trovare risposta, allo stato attuale, nel diritto comunitario.[61] Dal momento che il diritto comunitario non ha fornito una definizione uniforme delle società beneficiarie della libertà di stabilimento in virtù di un unico criterio, sono i singoli

diritti nazionali a dover stabilire se e quando una società possa effettivamente beneficiare di una simile libertà.

In sostanza, la libertà degli Stati si esplica ancora *illimitatamente* sotto due profili: ciascuno Stato membro rimane libero da un lato di selezionare l'elemento o l'insieme di elementi che ritiene più significativi al fine di individurare un collegamento tra il proprio ordinamento e una società in modo da poterla considerare costituita in conformità al proprio diritto nazionale, dall'altro lato di decidere se, e eventualmente a quali condizioni, la società possa mantere tale *status*. Quest'ultimo profilo include anche la facoltà per uno Stato membro di impedire ad una società retta dal proprio diritto nazionale di mantenere tale *status* in caso di trasferimento della sede sociale in un altro Stato membro.[62]

Applicato al caso della società *Cartesio*, il discorso della Corte di giustizia si traduce nel verificare se la legge applicabile alla fattispecie, ossia il diritto ungherese in base al quale essa è stata costituita, consenta o meno il mantenimento dello *status* originario pure in caso di trasferimento all'estero della sede sociale. Ora, il diritto ungherese ammette solo, ed implicitamente, il trasferimento della sede all'interno del territorio nazionale e invece obbliga la società nazionale che voglia trasferirsi oltre confine allo scioglimento e alla ricostituzione secondo la legge del paese di destinazione. Di fatto si tratta di una discriminazione tra società basata sul luogo in cui esse hanno fissato la loro sede, discriminazione su cui, stando alla Corte, il diritto comunitario non può imporre alcuna limitazione, nemmeno per soddisfare l'esigenza di dare piena ed effettiva attuazione della libertà di stabilimento.

In questa occasione la Corte ha scelto una linea di grande favore per la libertà degli Stati membri e non ha approfondito l'indagine sull'effetto che essa produce sulla facoltà di una società validamente costituita secondo il diritto nazionale di uno Stato membro di beneficiare di un diritto conferitole direttamente dal trattato CE (trattato che, si ricorda, richiede solo la valida costituzione ai sensi del diritto di uno Stato membro e il collegamente territoriale con la Comunità). Da questo punto di vista si può parlare di un vero e proprio passo indietro del giudice comunitario verso le posizioni già espresse nel primo caso *Daily Mail*. Un atteggiamento opposto rispetto a quello che la Corte ha mostrato invece in tutti i casi succesivi, dove si è sempre mostrata incline a indagare e indugiare sugli eventuali limiti o vincoli imposti dal diritto comunitario agli Stati membri. Nel caso in commento l'esigenza di dare effettiva attuazione al diritto comunitario ha ceduto il passo alla libertà degli Stati membri senza avere su questa alcun potere limitante. Esattamente come nel caso *Daily Mail* vecchio ormai di più di trent'anni.

5. L'impossibilità di invocare direttamente gli artt. 43 e 48 CE ai fini del trasferimento della sede sociale senza mutamento della *lex societatis.*

L'operazione di trasferimento della sede sociale senza mutamento della *lex societatis* esce dunque sconfitta dallo scontro con il giudice comunitario. Se i precedenti giurisprudenziali facevano sperare che la Corte potesse proseguire il cammino intrapreso ed aggiungere così un altro tassello nel senso della effettiva attuazione del diritto di stabilimento, le aspettative sono state disattese. La Corte ha fatto un balzo indietro trentennale. La conclusione di oggi pare infatti identica a quella del caso *Daily Mail.*[63]

Ad una prima lettura può sembrare addirittura che con l'affermazione circa la competenza esclusiva dei diritti nazionali nel determinare i beneficiari della libertà di stabilimento la Corte abbia ribaltato i termini del rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario, consentendo al primo di prevalere sul secondo nella determinazione dei beneficiari della libertà di stabilimento. Corre l'obbligo di fare alcune precisazioni in proposito.

L'ambito di applicazione degli artt. 43 e 48 CE è circoscritto dallo stesso trattato. È quest'ultimo infatti a stabilire quali sono i beneficiari di un simile diritto e, a tal fine, impone le due condizioni di cui si è già detto (la costituzione in conformità al diritto di uno degli Stati membri e il collegamento territoriale con la Comunità). Tali due requisiti sono congiuntamente necessari e sufficienti a far sorgere in capo ad una società che li soddisfi entrambi il diritto al libero stabilimento all'interno dell'Unione. Tuttavia, ciò non significa che il diritto comunitario sia a questo proposito autosufficiente; esso piuttosto, per la natura della prima condizione imposta dall'art. 48 CE necessita di una fonte integrativa. La fonte integrativa è espressamente indicata dal primo comma della disposizione appena citata, il quale richiede appunto la costituzione della società *in conformità* alla legge di uno Stato membro. Ecco che allora gli ordinamenti nazionali, meglio, le norme che all'interno di ciascun ordinamento nazionale regolano l'attività economica svolta in forma societaria, vanno ad integrare la norma primaria, dandole contenuto. È rispetto alle norme nazionali regolanti la costituzione delle società che andrà svolta la verifica di conformità imposta come prima condizione alle società che vogliano beneficiare della libertà di stabilimento. In quest'ottica vanno lette le affermazioni della Corte circa la natura preliminare della questione della individuazione dei beneficiari del diritto di stabilimento la cui soluzione è devoluta *esclusivamente* ai diritti nazionali.

Sgombrato il campo da un possibile equivoco, occorre piuttosto riflettere sull'avverbio "esclusivamente" utilizzato dalla Corte. Considerato il fatto che la libertà degli Stati incide necessariamente ed automaticamente (per via della formulazione dell'art. 48 CE) sull'effettiva fruizione di un diritto sancito dal trattato, il nodo da sciogliere è se il diritto comunitario non

possa allora imporre delle limitazioni all'esercizio di tale libertà, contenendo quindi in qualche misura la competenza esclusiva degli Stati membri (anche in ragione dell'efficacia diretta dell'art. 43 CE e del principio del primato).[64]

Torniamo per un momento proprio alla libertà degli Stati membri ribadita nella sentenza *Cartesio*. Dei due aspetti in cui essa può declinarsi, ovvero quello di scegliere tra gli elementi di contatto necessari per collegare una società al proprio ordinamento da un lato e quello di decidere se attribuire, e in che modo, la possibilità alle società nazionali di modificare tale fattore pur mantenedo lo *status* originario, il primo può dirsi praticamente illimitato. Non è improprio qui ragionare per analogia rispetto alle persone fisiche.[65] I criteri in base ai quali uno Stato membro attribuisce ad una persona fisica la propria cittadinanza sono esclusivo appannaggio di quello e non sono sindacabili da alcunchè, nè il diritto comunitario può nulla a tal proposito.[66] È solo una volta che la persona fisica si sia vista attribuire la cittadinanza da uno Stato membro, in base a quali fattori di connessione qui non rileva, che può godere della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE. Similmente può dirsi in relazione alle società, anche se con l'accorgimento di astenersi dal parlare di "nazionalità" con riferimento ad esse, dal momento che la "nazionalità" delle società non è concetto compreso tra quelli indicati dall'art. 48 CE con riferimento alle società (sede sociale, amministrazione centrale, centro d'attività principale).[67]

La questione però si complica quanto al secondo dei due aspetti della libertà riconosciuta agli Stati membri, quello relativo alla concessione o meno della facoltà di modificare il collegamento iniziale necessario ai fini della costituzione della società. L'analogia con le persone fisiche deve essere a questo punto abbandonata poichè la modifica dell'elemento di contatto tra la società e l'ordinamento di costituzione incide sull'esistenza stessa dell'ente societario, il quale esiste solo in virtù della legislazione nazionale che ne disciplina la costituzione e il funzionamento.

Come già anticipato, si riscontra a questo proposito una grande varietà di soluzioni tra gli ordinamenti degli Stati membri.[68] Molti ordinamenti sono sprovvisti di una disciplina, sia materiale sia di conflitto, relativa al trasferimento della sede sociale, specie per il caso degli spostamenti internazionali. Anche laddove sia dato rinvenire qualche disposizione sostanziale applicabile all'ipotesi del trasferimento della sede sociale, la varietà delle soluzioni è sorprendente e rende molto complicata l'operazione del trasferimento di sede; a ciò vanno aggiunte le differenze relative alle norme di conflitto predisposte dai diversi ordinamenti in materia di società.[69] Nella maggior parte dei casi il trasferimento all'estero della sede sociale risulta impraticabile a causa della combinazione di disposizioni materiali e di norme di diritto internazionale privato differenti.

Senza dilungarsi troppo sulla questione, risulta evidente da questi pochi cenni che un intervento positivo del legislatore comunitario è ormai imprescindibile se si intende dare piena ad effettiva attuazione alla libertà di stabilimento (soprattutto primaria) delle società.[70] In particolare, sembra auspicabile, più che una attività di armonizzazione materiale, una iniziativa legislativa volta all'adozione di norme di conflitto uniformi per la determinazione della *lex societatis* con particolare attenzione alle fattispecie di mobilità societaria, quali il trasferiemnto della sede sociale e la fusione transfrontaliera, che spesso generano conflitti di leggi difficilmente risolvibili solo sulla base delle norme nazionali. Ciò non svaluterebbe comunque l'utilità della creazione di forme societarie tipicamente comunitarie, c.d. *veicoli comunitari*, come la *Società europea* o la futura *Società privata europea*, che rimarrebbero comunque importanti strumenti di facilitazione della mobilità transfrontaliera, ma che non rappresentano la soluzione per il maggior numero delle società esistenti.

Ad oggi, vista l'assenza di norme uniformi, non si può far altro che riflettere sull'influsso che gli artt. 43 e 48 CE possono esercitare sui singoli diritti nazionali divergenti. La questione centrale è se (ed eventualmente in quale misura) tali norme possano, di per sè sole, in assenza appunto di disposizioni "di attuazione" limitare in qualche modo la libertà degli Stati membri nel decidere di consentire o meno alle società costituite secondo il loro diritto la facoltà di trasferire la sede sociale all'estero pur mantenendo lo *status* di società retta dal diritto dello Stato di costituzione. Ci si domanda, in altri termini, se la compentenza esclusiva degli Stati membri non debba piuttosto trovare un limite nell'esigenza di dare attuazione ad una delle libertà fondamentali, pilastro dell'ordinamento comunitario, e se il diritto nazionale non debba allora cedere di fronte al primato del diritto comunitario.

Riconoscere la libertà degli Stati membri anche sotto questo secondo profilo (la possibilità di scegliere se consentire o meno alle società nazionali di modificare i requisiti richiesti per la costituzione secondo il diritto nazionale, in un momento successivo, tramite lo spostamento della sede e quali conseguenze ad essa associare in termini di mantenimento dello *status* originario) non esclude che le disposizioni del trattato, come interpretate dalla Corte, possano comunque produrre alcune conseguenze sul funzionamento dei sistemi nazionali, seppure indirettamente. Ciò sembra giustificato in ragione del fatto che l'individuazione dei beneficiari della libertà comunitaria dipende inevitabilmente dalle norme nazionali in qualità di fonte integratrice delle disciplina primaria. Conseguenze sui sistemi nazionali potrebbero riguardare la disciplina materiale così come quella conflittuale.[71] Ne è una dimostrazione la sentenza *Überseering*. In quell'occasione la Corte ha affermato la necessità di garantire tra paesi dell'Unione un certo grado di mutuo riconoscimento, seppure minimo, delle società costituite in virtù della legislazione di altri Stati membri, la cui personalità giuridica non può mai essere del

tutto disconosciuta proprio in ragione delle norme di cui agli artt. 43 e 48 CE. Irrilevante per la Corte è stata ogni considerazione circa le modalità in cui lo Stato membro in questione aveva esercitato la sua libertà; l'unico aspetto di rilievo era piuttosto, a parere dei giudici, l'effetto che tali modalità avevano prodotto sulla effettiva possibilità di godere del diritto di stabilimento sancito dal trattato.

Se la libertà degli Stati membri, sotto il duplice profilo ricordato (ovvero quello di selezionare il collegamento più adeguato al fine della costituzione di società soggette al loro diritto e quello di attribuire la facoltà di mutare tale collegamento senza perdere lo *status* originario), preesiste all'ordinamento comunitario e alle libertà di circolazione, nell'incontro con il diritto di stabilimento si ritiene dovrebbe trovare una qualche limitazione. Ammettere, oggi, la piena e totale libertà degli Stati membri sul punto equivale a considerarli immuni dalle regole del trattato.

Il punto critico del ragionamento della Corte sembra potersi individuare proprio qui e cioè dove essa afferma la persistenza della massima libertà in capo agli Stati membri sotto entrambi i profili. Non è più possibile qui condurre il ragionamento, come invece pare aver fatto la Corte, in analogia con quanto accade per le persone fisiche. Come già detto la similitudine si ferma al primo aspetto. La peculiarità delle società, e cioè il fatto che esse non preesistono all'ordinamento giuridico in virtù del quale sono costituite e quindi che la loro esistenza dipenda dal collegamento instaturato con quello, richiede che si tratti la libertà di stabilimento delle società e, in particolare, il rapporto tra diritti nazionali e libertà comunitaria riguardante le società in maniera differente da quel che si fa quando questa riguardi solo le persone fisiche. Una persona fisica infatti non cambia nazionalità per il solo fatto di attraversare le frontiere nazionali al fine di esercitare in un altro Stato membro una attività economica in modo stabile e continuato, nè cessa di esistere nel caso in cui lo Stato di cui è cittadino gli revochi tale qualità. La persona fisica preesiste all'ordinamento giuridico e sopravvive ad esso. Non è così per la persona giuridica. Accogliendo le concusioni della Corte, una società per il solo fatto di spostare la propria sede oltre confine generalmente "muore", si passi l'espressione, poichè con ciò facendo modifica al tempo stesso l'elemento di contatto con l'ordinamento di costituzione che è pure un requisito di esistenza. E, di conseguenza, muore insieme alla società di diritto interno anche il suo *status* di beneficiaria della libertà di stabilimento.[72]

È evidente dunque la differenza tra le due posizioni. La peculiare natura del fenomeno societario avrebbe potuto giustificare una maggior interferenza da parte del diritto comunitario sulla libertà pure riconosciuta in capo agli Stati membri, diversamente da quanto accade nel caso delle persone fisiche. Se si vuole assicurare alle società "comunitarie" (di cui all'art. 48 CE) il pieno godimento del diritto di stabilimento l'unica via perseguibile sembra quella di una

maggiore ingerenza dell'ordinamento comunitario nei sistemi nazionali. Se si vuole garantire la piena equiparazione di società e persone fisiche nell'esercizio di tale diritto, occorre accettare che la peculiarità delle prime giustifichi un certa interferenza nella libertà degli Stati membri, laddove invece non si può accettare una compressione delle prerogative nazionali rispetto all'attribuzione e alle vicende della cittadinanza agli individui. In questo senso la Corte avrebbe potuto proseguire nel solco già segnato dai suoi stessi precedenti ed esaminare la questione sottopostale, concentrando l'attenzione principalmente sugli effetti che l'applicazione delle norme nazionali producevano nel caso concreto.

D'altro canto non si può negare che il diritto comunitario si attesti dal punto di vista formale su una posizione di neutralità rispetto alle scelte dei legislatori nazionali e la Corte non ha mancato di ricordarlo. L'una vale l'altra, il diritto comunitario non ne preferisce alcuna, purchè gli effetti derivanti dalla loro applicazione al caso concreto siano compatibili con le norme del trattato. E nel caso non lo fossero, l'incompatibilità non riguarderebbe le modalità e i sistemi scelti bensì gli effetti di questi nel caso concreto (stesse modalità e sistemi potrebbe benissimo non produrre effetti incompatibili con il diritto comunitario se applicati a fattispecie concrete differenti).

Nella pronuncia in esame l'unica alternativa prefigurata dalla Corte alla più completa libertà degli Stati membri è, ancora una volta, quella di iniziative legislative o pattizie. Si è già dato conto di quel che è accaduto negli anni su entrambi i fronti. È da escludere che la via pattizia possa condurre a risultati soddisfacenti e, comunque, essa non rappresenterebbe la sede privilegiata per la soluzione di questioni che potrebbero più facilmente trovare soluzione attraverso una seria e convinta iniziativa comunitaria fondata sull'art. 65, lett. *b*, CE (oggi art. 81, lett. *c*, TFUE) per quanto riguarda i conflitti di legge in materia societaria e sull'art. 44, c. 2, lett. *g*, CE (oggi art. 50, c. 2, lett. *g*, TFUE) dal punto di vista sostanziale.

Da ultimo e per onor di completezza, occorre riferire di un paio di argomenti portati all'attenzione dei giudici comunitari con riferimento alla ipotesi del trasferimento della sede sociale. Anzitutto, l'applicabiltà per analogia della disciplina prevista per la Società europea o per il Gruppo europeo di interesse economico, soluzione suggerita dalla Commissione e respinta dal giudice comunitario sulla base del rilievo che le situazioni messe a confronto sono differenti tra loro: in particolare, poichè nello statuto della SE è prescritta la coincidenza della sede legale e di quella reale (e lo stesso dicasi per il GEIE e per la SCE)[73] è evidente che la disciplina del trasferimento della sede di cui all'art. 8 del suo Statuto le coinvolge necessariamente entrambe e non presenta alcuna analogia con il caso sollevato dalla *Cartesio*.[74] Forse questi veicoli comunitari (quelli già creati e quelli ancora da adottare, come la società privata europea)[75] potranno davvero giocare un ruolo nella realizzazione della mobilità intracomunitaria, ma pare

francamente condivisibile il rifiuto della Corte di estendere la loro disciplina del trasferimento per analogia ai tipi societari nazionali.

Infine, la Corte ha escluso, sempre sulla base dell'asserita diversità delle fattispecie concrete portate alla sua attenzione, la possibilità che la sentenza resa nal caso *Sevic* possa in qualche modo aver mitigato i principi già enunciati dalla Corte nella precedente giurisprudenza (da *Centros* in poi) richiamata dalla medesima a soluzione del caso Cartesio.[76] In effetti, nella causa *Sevic* la Corte si è trovata ad affronare il caso di una operazione di fusione transfrontaliera, vietata dal diritto tedesco, la quale pur se molto vicina va tenuta distinta dalla diversa ipotesi, esaminata dalla Corte nella parte *ultra petita* della sentenza Cartesio, del trasferimento della sede con contenstuale mutamento della legge applicabile (una sorta di trasformazione transfrontaliera).[77]

6. La "comunitarizzazione" del diritto al trasferimento della sede sociale con mutamento della *lex societatis*.

Molto interessante e in parte sorprendente è la seconda parte della risposta della Corte al quarto quesito pregiudiale. La prima ragione di tale stupore risiede nel fatto che tale parte della decisione si estende ben oltre i limiti del quesito posto del giudice *a quo* e la seconda nel fatto che essa conduce a un risultato imprevisto e imprevedibile.

In modo peraltro molto sbrigativo, la Corte ha affermato la necessità di distinguere il caso del trasferimento transfrontaliero della sede sociale senza mutamento della *lex societatis* dalla diversa ipotesi del trasferimento con contestuale mutamento della legge applicabile e conversione della società in un tipo societario disciplinato dall'ordinamento del paese di destinazione. Senza possibilità di fraintendimento, essa ha stauito che gli Stati membri non possono in alcun modo impedire o condizionare il trasferimento della sede sociale di società costituite conformemente al loro diritto nazionale quando queste vogliano contestualemente convertirsi in un tipo societario disciplinato dall'ordinamento del paese di destinazione. Diversamente quindi dall'ipotesi di spostamento della sede che non preveda il contemporaneo mutamento della legge applicabile alla società, in questa seconda e a parere della Corte diversa situazione il diritto comunitario impone invece precisi obblighi agli Stati membri.

Si è parlato in proposito addirittura di "comunitarizzazione" del diritto delle società alla trasformazione transfrontaliera.[78] Quanto meno si può dicutere della comunitarizzazione del diritto al trasferimento della sede con mutamento della *lex societatis* e contestuale trasformazione internazionale. Infatti, lo Stato membro d'origine non ha più alcuna possibilità di impedire ad una società costituita conformemente al proprio diritto nazionale di trasferire la sua sede al di fuori dei confini nazionali e ivi trasformarsi in un tipo societario disciplinato dal

diritto interno del paese di destinazione. La sentenza parla chiaro: lo Stato che, in una siffatta situazione, imponesse lo scioglimento e la liquidazione alla società retta dal proprio diritto si renderebbe colpevole di una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata, restrizione vietata dal trattato e che potrebbe giustificarsi solo in virtù di un motivo imperativo di interesse generale (sempre a condizione che le misure in concreto utilizzate a tal fine siano proporzionate).

Questa seconda parte della risposta al quesito pregiudiziale è già stata occasione di grande dibattito tra i commentatori, in particolare con riferimento alla opportunità e ragionevolezza della distinzione tracciata dal giudice comunitario tra le ipotesi di trasferimento della sede sociale tra Stati membri a seconda che tale operazione comporti contestualmente un cambiamento della legge regolatrice della società coinvolta nell'operazione o non abbia invece effetto alcuno sulla *lex societatis*.[79]

La Corte non ha spiegato in alcun modo in che cosa consiste la diversità delle due situazioni, quale sia la vera discriminante. Nessuna giustificazione oltre all'evidente differenza circa il cambiamento della *lex societatis*. Tale cambiamento, peraltro, non dipende dalla volontà della società ma è piuttosto il risultato dell'intreccio delle norme conflittuali e materiali degli ordinamenti coinvolti nell'operazione (risulta variabile anche in funzione del tipo di sede che sceglie di spostare).[80] Rimane dunque oscura la ratio di una simile distinzione dal punto di vista sostanziale della libertà di stabilimento.

Quel che si può ipotizzare è che i giudici di Lussemburgo abbiano pensato a possibili comportamenti fraudolenti o abusivi delle società coinvolte in operazioni di trasferimento della sede, considerando la volontà di trasformazione quale indice di una sincera volontà di inserirsi nella vita giuridica ed economica del paese di destinazione. Per converso, ciò mancherebbe nel caso la società intendesse mantenere lo *status* originario. Nel primo caso infatti emergerebbe una volontà di cumulare i benefici derivanti da un lato dalla qualità di società retta dal diritto nazionale dello Stato di costituzione e dall'altro dalla libertà di spostare la propria sede in un altro Stato membro.[81] Ma si tratta solo di una possibile interpretazione. E non sembra nemmeno particolarmente convincente, sempre ammesso che di beneficio si possa parlare dal momento che, si badi esso è tale solo se confrontato con la prospettiva derivante da un cambiamento di legge applicabile dell'obbligatorio scioglimento nel paese di costituzione e nuova costituzione nel paese di stabilimento, ma non assicura alcun risultato materiale alla società. Tra l'altro, una tesi del genere chiamerebbe in causa il concetto di abuso del diritto che è sempre stato interpretato molto restrittivamente dalla Corte, soprattutto in materia di libero stabilimento delle società. Si avvicinerebbe infatti molto alla pretesa di indagare i motivi per cui la libretà sancita dal trattato viene esercitata dai privati; e tale indagine può condurre a rilevare un ipotesi di

abuso del diritto comunitario solo nel caso in cui risulti da elementi obiettivi che il diritto comunitario sia stato piegato a fini diversi e ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato.[82] Ebbene, non pare che possa sostenersi la tesi secondo la combinazione trasferimento della sede – mantenimento della *lex societatis* sia *a priori* esclusa dalle finalità del trattato. È vero che continuare ad essere regolata dalla medesima legge di costituzione nonostante il trasferimento della sede all'estero avvantaggia in un certo senso la società che ne beneficia, ma ciò solo per il fatto di conoscere la *lex societatis*. È altresì possibile che le norme della legge dello Stato in cui è stata trasferita la sede siano dal punto di vista materiale più convenienti per la società, magari perchè più flessibili quanto alla struttura sociale o più miti dal punto di vista degli obblighi previdenziali e assistenziali dovuti dalla società ai propri lavoratori. Non è detto che mantere la legge dello Stato d'origine costituisca sempre un vantaggio in termini assoluti. Ognuna delle alternative (mantenere lo *status* originario o sottoporsi alla legge del paese di stabilimento acquisendo una forma societaria tra quelle previste da tale ordinamento) porta con sè vantaggi e svantaggi, che vanno apprezzati soggettivamente, anche in base al tipo di società coinvolta. Da questo punto di vista non sembra che la volontà di una società in un senso o nell'altro debba essere percepita negativamente; l'una e l'altra scelta sembrano entrambe ricadere legittimamente sotto le disposizioni di cui agli artt. 43 e 48 CE.

Quali che siano le ragioni di una tale *summa divisio*, occorre essere cauti nell'affermare la *comunitarizzazione* del diritto alla trasformazione transfrontaliera. Infatti, anche nell'ipotesi della trasformazione transfrontaliera, la Corte non ha spalancato del tutto le porte alla modilità transfrontaliera delle società. È vero che ora incombono obblighi ben precisi in capo allo Stato membro di costituzione circa l'emigrazione delle società nazionali nel caso in cui a questo movimento verso l'esterno si accompagni la conversione in un tipo societario straniero. È altresì vero però che allo Stato membro di costituzione rimane la facoltà di imporre delle restrizioni laddove motivi imperativi di interesse generale lo giustifichino (e sempre che le misure adottate rispettino i criteri di idoneità, proporzionalità e minima incisività) e che rimangono imprecisati gli obblighi eventualmente imposti allo Stato membro di destinazione.

A tal proposito rileva la precisazione della Corte a proposito del fatto che il trasferimento della sede sociale con trasformazione può avvenire solo se il diritto del paese ospite lo consenta.[83] Non si sa cosa potrebbe accadere nel caso in cui la legislazione dello Stato membro di destinazione vieti tale operazione o non si preoccupi di disciplinarla (cosa per altro assai probabile) e, di fatto, non la consenta. La Corte ha lasciato aperta questa possibilità. Non si può quindi dire che sussistano in capo allo Stato di stabilimento obblighi del tutto analoghi a quelli dello Stato di costituzione.[84] Ciò mina senz'altro la costruzione della trasformazione transfronaliera che, di fatto, può essere impedita, anche se forse in misura minore rispetto a

quanto avrebbe potuto accadere prima dal momento che qualsiasi restrizione in uscita deve essere debitamente giustificata. Tuttavia, in entrata sono ancora consentite limitazioni senza necessità di motivazione (almeno, così pare potersi dedurre dalle scarne osservazioni della Corte in proposito). Basterebbe che lo Stato di destinazione non fosse dotato di una legislazione sulla trasformazione della società, specie sulla trasformazione internazionale (cosa non improbabile), e il trasferimento della sede sociale in quello Stato da parte di una società costituita altrove potrebbe rivelarsi, in concreto, impossibile. Certo, da questo punto di vista c'è sempre spazio per una nuova pronuncia della Corte nel senso dell'incompatibilità con la libertà di stabilimento (molto probabile nel caso la Corte fosse chiamata a pronunciarsi su una tale situazione). Tuttavia, allo stato, non sembra potersi derivare con sicurezza dalla sentenza *Cartesio* alcun obbligo diretto in capo allo Stato membro di stabilimento di consentire la trasformazione di una società straniera con sede nel proprio territorio in un tipo societario nazionale. Anzi, l'inciso " sempre che lo questi lo consenta" riferito allo Stato di destinazione sembra proprio ammettere il contrario e cioè che questi possa impedirlo, senza che a ciò si oppongano le previsioni di cui agli artt. 43 e 48 CE.

7. Conclusioni.

Come si è cercato di dimostrare attraverso l'analisi svolta, la sentenza esaminata presenta luci e ombre che potranno probabilmente essere apprezzate appieno solo con il tempo, verificando le conseguenze che essa produrrà in concreto.

La decisione è sicuramente ambivalente: molto conservatrice e attenta alla libertà degli Stati membri nella prima parte, particolarmente sorprendente e liberale nella seconda. L'ambiguità e le difficoltà di lettura della sentenza trovano un fondamento anche in questo e non è dato sapere quale delle due anime prevarrà.

Quanto alla prima parte, la Corte ha riaffermato la piena e completa libertà degli Stati membri sotto due profili: da un lato essi possono liberamente determinare le condizioni del procedimento costitutivo delle società, compreso ovviamente l'elemento di contatto che consenta di considerare una società validamente costituita ai sensi del diritto nazionale e dallo stesso regolata; dall'altro lato ciascuno Stato membro è libero anche di attribuire o non attribuire alle società costituite in virtù del diritto nazionale e da esso rette la facoltà di modificare, in un momento successivo alla costituzione, quell'elemento di contatto previsto a fini costitutivi, consentendo o negando così a tali società la possibilità di trasferire la sede sociale in un altro Stato membro senza per questo perdere lo *status* originario di società rette dal diritto dello Stato di costituzione.

L'elemento reazionario è rappresentato non tanto da questo riconoscimento di libertà in capo agli Stati membri, quanto dall'esclusione di qualsivoglia limitazione discendente dal diritto comunitario. La Corte in quest'occasione si è del tutto disinteressata degli effetti che discendono dall'applicazione delle norme nazionali liberamente determinate dagli Stati membri, elemento su cui invece sembrava fare perno la giurisprudenza precedente (nella trilogia *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art)*, per ribadire il principio di neutralità del diritto comunitario. E ciò fino a dichiarare che, in assenza di una definizione unitaria sulla base di un unico criterio, la questione dell'applicabilità del diritto di stabilimento è una questione che va risolta esclusivamente alla luce del diritto nazionale. In altri termini, spetta ai singoli diritti nazionali stabilire i beneficiari della libertà (comunitaria) di stabilimento, al punto che uno di essi può legittimamente imporre lo scioglimento e la liquidazione ad una società nazionale che voglia trasferire la propria sede in un altro paese.

Certo è da accogliere con favore il rispetto delle prerogative statali ed il ritorno alla neutralità del diritto comunitario. Da questo punto di vista e in un'ottica internazionalprivatistica la pronuncia è stata letta come l'apertura di un nuovo spiraglio per quegli ordinamenti che adottano il criterio della sede reale,[85] che molti consideravano condannato a morte dopo la sentenza *Überseering*.[86] Tuttavia, una simile interpretazione pare azzardata. Nel ricordare che nella decisione in esame la Corte non si è occupata minimamente di norme di conflitto e di sistemi internazionalprivatistici (nemmeno con riferimento agli effetti prodotti dalla loro applicazione), non sembra possibile che le statuizioni della Corte nel caso *Cartesio* possano superare completamente la giurisprudenza precedente in punto di compatibilità con la libertà di stabilimento degli effetti prodotti dall'applicazione del criterio del *siège réel* e sconfessare, in particolare il *decisum* del caso *Überseering*.

Per un verso così conservatrice nella parte che costituisce la vera risposta al quesito pregiudiziale, la sentenza sembra sorprendentemente liberale nella parte *ultra petita*. Con riferimento a questa sola parte, si può addirittura affermare che essa abbia spostato in avanti la frontiera della mobilità intracomunitaria, almeno in via di principio, imponendo allo Stato membro di costituzione l'obbligo di consentire il trasferimento della sede in altri Stati membri a società rette dal suo diritto nazionale quando tale operazioni sia effettuata con contestuale mutamento della legge applicabile e conversione in un tipo societario disciplinato dall'ordinamento del paese di stabilimento. Come si è cercato di spiegare più sopra occorre però anche in questo caso essere cauti e smorzare l'entusiasmo per l'apparente liberalità delle statuizioni della Corte. Infatti, nessun obbligo preciso sembra potersi ricavare con riferimento alla medesima operazione in capo allo Stato membro di destinazione, anche se una normativa nazione che impedisse il trasferimento della sede sociale con contestuale trasformazione di una

società costituita in un altro Stato membro potrebbe essere facilmente criticabile e soggetta al vaglio della Corte sulla base della sentenza in esame.

Non è chiaro quali siano davvero le differenze cui la Corte ha fatto riferimento per distinguere le ipotesi di trasferimento della sede sociale in virtù del cambiamento o del mantenimento della *lex societatis* per capire se essa corrisponda ad una effettiva divergenza di situazioni o se invece l'affermazione della diversità non sia stata dettata piuttosto dalla volontà della Corte di favorire la mobilità intracomunitaria delle società almeno in un caso su due, pur senza rinunciare al principio di neutralità di cui si è detto. L'effetto di un tale *favor* verso la libertà degli Stati membri può avere conseguenze indirette sulla concorrenza tra i sistemi normativi nazionali.[87] In assenza di regole armonizzate o uniformi, i modelli societari predisposti dagli Stati membri con le rispettive discipline diventano strumenti alternativi per gli imprenditori che vogliano esercitare una attività economica in forma societaria all'interno del territorio comunitario. Sotto questo punto di vista la sentenza in esame potrebbe favorire quegli Stati che si sono dotati di una disciplina più favorevole alla mobilità transfrontaliera. Sul piano materiale potrebbe tradursi in un vantaggio per quegli ordinamenti che si siano dotati di una disciplina della trasformazione internazionale (o, addirittura, del trasferimento internazionale di sede) e in questo modo garantiscano alla società la possibilità di una futura mobilità.[88] Addirittura, la concorrenza in questo settore potrebbe portare all'attribuzione di una funzione di "marchio" o "brand" alla differenti *leges societatis*, le quali finirebbero per divenire un indicatore di qualità della società.[89]

Sotto un profilo più strettamente internazionalprivatistico, la concorrenza potrebbe favorire quegli ordinamenti che adottino il criterio dell'*incorporation*, il quale generalmente consente il trasferimento della sede sociale all'estero senza imporre alla società lo scioglimento nello Stato di costituzione e la costituzione nello Stato di arrivo (altra poi è la questione dell'eventuale mutamento di legge applicabile).[90] Questa è anche la via che si ritiene auspicabile per l'intervento normativo dell'Unione: solo il ricorso al criterio dell'*incorporation* è in grado di assicurare la piena ed effettiva attuazione del diritti di stabilimento delle società.

Una conferma a questo auspicio può forse individuarsi nelle reazioni di alcuni legislatori nazionali alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il legislatore ungherese è intervenuto, pendente il rinvio pregiudiziale nel caso *Cartesio*, con una riforma del diritto societario, in particolare modificando la definizione di "società" ed eliminando il requisito della necessaria coincidenza di sede legale e reale.[91] Un simile vento riformatore è spirato anche in Germania, dove è stato eliminato il requisito della necessaria coincidenza di sede legale e reale e della loro localizzazione in Germania per le società costituite nelle forme della *GmbH* e *AktG* (corrispondenti a società a responsabilità limitata e società per azioni, rispettivamente).[92] A ciò

si aggiunga la proposta elaborata nel 2006 dal *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, definita niente meno che una "rivoluzione",[93] la quale, se adottata, consacrerebbe dal punto di vista internazionalprivatistico il passaggio dal criterio della sede reale a quello della sede legale nel paese più tradizionalmente fedele all'opposta *Sitztheorie*.[94]

Da ultimo, è appena il caso di rilevare come, dopo la decisa presa di posizione della Corte circa il caso del trasferimento con mutamento della legge applicabile e conversione in un tipo societario del paese di stabilimento, sia ormai fugato ogni dubbio circa il fatto che il trasferimento della sede sociale rientra a pieno titolo nel concetto di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 CE (oggi artt. 49 e 54 TFUE).

Bibliografia

Audit B. (2008), *Droit international privé*, Paris,

Autenne A., Navez E.-J. (2009), *Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisité*, in *Ch. dr. eur*., p. 91

Ballarino T. (1991), *Le direttive comunitarie sull'armonizzazione del diritto delle società*, in Draetta (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, p. 14

Bariatti S. (2003), *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *RDIPP*, p. 671

Behrens P. (2002), Centros *and the Proper Law of Companies*, in Ferrarini, Hopt, Wymeersch,*Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague, p. 503

Behrens P. (2009), *From "Real Seat" to "Legal Seat": Germany's Private International Company Law Revolution*, in *Resolving International Conflicts*. Liber Amicorum *Tibor Várady*, Budapest, p. 45

Benedettelli M. V. (1996), *Persone giuridiche*, in Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, p. 1108

Benedettelli M. V. (2003), *«Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc*, p. 699

Benedettelli M. V. (2004), *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, p. 205

Bergé J.-S. (2005), *Le droit d'une «communauté de lois»: le front européen*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, p. 113

Bertoli P. (2005), *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, p. 315

Bonvicini G. (1991), *L'attuazione in Italia nel Gruppo Europeo di Interesse Economico*, in Draetta (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, p. 67

Boutard-Labarde M.-Ch. (1989), *Note*, in *JDI*, p. 428

Broggini G. (1996), *La riforma del diritto internazionale privato – Società ed altri enti*, in Comitato Regionale Notarile Lombardo, *La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano – 28 ottobre 1995*, Milano, p. 57

Burián L. (2009), *The Impact of Community Law on the Determination of the Personal Law of the Companies*, in Hay, Vékás, Elkana, Dimitrijevic, *Resolving International Conflicts.* Liber amicorum *Tibor Várady*, Budapest-New York, p. 67

Cafaro S. (2003), *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso* Van Binsbergen *alla* Carta dei diritti, *passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, p. 292

Capelli F. (1990), *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *Dir. com. scamb. int.*, p. 50

Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (1999), *Faciliter le transfert des sièges sociaux au sein de l'Union européenne (Examen de la proposition de 14eme Directive)*, 20 mai

Colangelo G. (2003), *Űberseering e lo shopping giuridico dopo Centros – Commento a: Corte di giustizia delle Comunità Europee, 5 novembre 2002, n. C-208/00*, in *Corr. giur.*, p. 310

Colangelo G. (2005), *Da* Centros *a* Inspire Art *-Libertà di stabilimento e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa / Europa*, p. 1220

Contaldi G. (2006), *Libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto"*, in *"Impresa e società nel diritto comunitario* estratto da M. Bessone (diretto da), *Il diritto privato dell'unione europea"* Vol. XXVI - Tomo II, Torino, p. 1325

Corapi D. (1991), *Il gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE), ibidem*, p. 99, Draetta, *Il* GEIE *e la prassi del commercio internazionale*, in Draetta (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, p. 119

Corapi D., De Donno B. (2000), *Le società*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato, vol. XXVI - Il diritto privato nell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, tomo II, Torino, p. 1036

Crespi S. (2007), *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: Il caso* Sevic, in *RDIPP*, p. 345

Crespi S. (2009), *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza* Cartesio, in *RDIPP*, p. 869

Dammann R., Wynaendts L., Nader R. (2009), *La renaissance inattendue de la théorie du siège réel*, in *Rec. Dalloz*, p. 574

Decoloux (1992), *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 13

Draetta U., Pocar F. (2002), (a cura di), *La società europea*, Milano

Ebke W. F. (2002), *The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws*, in *The International Lawyer*, p. 1015

Edwards V., Farmer P. (2008), *The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: A Case of Double Standards*, in Arnull, A., Eeckhout, P., Tridimas, T., *Continuity and Change in the EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, p. 205

Ehlermann D. (1995), *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Rev. marché comm. Un. eur.*, 220

Engsig Sorensen K. (2006), *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *CMLR*, p. 443

Fallon M., Meeusen, J. (2002), *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, (vol. VI), p. 37

Fallon M. (2004), *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in Fuchs, Muir Watt, Pataut (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, p. 31

Ferraris S. (2006), *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, in *Dir. com. scamb. int.*, p. 717

Fois P. (2009), *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere definitivo del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in Venturini G., Bariatti S.,(a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato.* Liber *Fausto Pocar*, Milano, p. 343

Francq V. (2009), *Note de jurisprudence*, in *JDI*, p. 685

Garcimartín F. (2007), *Cross-Border-Listed Companies*, in *RCADI*, p. 9

Gestri M. (2000), *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso* Centros, in *RDI*, p. 71

Gestri M. (2003), *Abuso del diritto e frode alle legge nell'ordinamento comunitario*, Milano

Gnes M. (2004), *La scelta del diritto – Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo, nella collana Saggi di diritto amministrativo*, Milano

Guillaume F. (2001), *Lex societatis*, Zurich

Heymann J. (2009), *Note*, in *Rev. crit. dip*, p. 548

Hirt H. (2004), *Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in* Inspire Art Ltd, in *Eur. Bus. Law Rev.*, p. 1189

Hopt K. (1998), *Company Law in the European Union: Harmonization or Subsidiarity*, Roma

Hopt K., Menjucq, M., Wymeersch, E. (sous la direction de) (2003), *La société européenne*, Paris

Kieninger E. M. (2005), *The Legal Framework of a Regulatory Competition based on Company Mobility: EU and US compared*, in *Germ. Law Rev.*, p. 740

Kieninger E. M. (2009), *The Law Applicable to Corporations in the EC*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, p. 607

Kindler P. (2006), *Aspetti essenziali di un futuro regolamento sulla legge applicabile alle società*, in *RDIPP*, p. 657

Kindler P. (2006), *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza* Sevic *della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, Vol I, p. 479

Kindler P. (2006), *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Band 11, par. 103 e ss.

Kindler P. (2009), *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società* , in Venturini, Bariatti (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato.* Liber *Fausto Pocar*, Milano, p. 549

Korom V. E., Metzinger P. (2009), *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its* Daily Mail *Decision in* Cartesio *Case C-210/06*, in *ECFLR*, p. 125

Kovar R. (2009), *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, in *Rec. Dalloz*, p. 485

Lagarde P. (2004), *Rapport de synthèse*, in Fuchs, A., Muir Watt, H., Pataut, E., (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, p. 283

Lagarde (2003), *Note*, in *Rev. crit. dip*, p. 526

Lazarus Cl. (1991), *L'expérience française*: le Groupement d'Intérêt Economique, in Draetta, U., (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, p. 127

Lesguillons H. (1991), *La Société* Européenne, in Draetta (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, p. 147

Licini C. (2001), *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, p. 121

Licini C. (2006), *Libertà di stabilimento comunitaria in caso di fusione transfrontaliera*, in *Riv. not.*, p. 128

Lipstein K. (2004), *The law relating to the movement of companies in the European Community*, in Mansel H.-P., Pfeiffer Th., Kronke H., Kohler Ch., Hausmann R., (Hrsg.), *Festschrift fűr Erik Jayme*, München, Band I, p. 527

Lombardo S. (2003), *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering» tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, Milano, p. 456

Loussouarn Y. (1990), *Le droit d'établissement des sociétés*, *Rev. trim. dr. eur.*, p. 229

Luzzatto R., Azzolini C. (1997), *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche –sez. Commerciale*, vol. XIV, Torino, p. 1146

Luzzatto R. (2009), *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in Venturini G., Bariatti (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato.* Liber *Fausto Pocar*, Milano, p. 613

Mastrullo Th. (2009), *Note*, in *Gazette du Palais*, p 12

Mélin F. (2009), *Déplacement de siège social dans la Communauté européen*, in *La Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n° 8, 19 Février, p. 1208

Menjucq M. (2000), *Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert intra-communautaire de siège* social, *in Bulletin Joly* Sociétés, p. 137

Menjucq M. (2001), *Droit international et européen des sociétés*, Paris

Menjucq M. (2003), *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans continuité de l'arrêt* Centros, in *La Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n° 12, 20 Mars, 448, p. 520

Menjucq (2004), *Not*e, in *JDI*, p. 917

Menjucq M. (2005), *La notion de siège social: une unité introuvable en droit international et en droit communautaire*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, , p. 499

Menjucq M. (2007), *L'Europe et le droit de l'entreprise*, in *La Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n°14, 15 Avril, p. 1464

Menjucq M. (2009), *Les possibilités de transfert de siège sociale au sein de la Communauté européenne*, in *La Sem. Jur. - Ed. Gén.*, n° 7, 11 Février, p. II-10027

Malatesta A. (2002), *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *RDIPP*, p. 613

Malatesta A. (2008), *Principio dello Stato d'origine e norme di conflitto alla luce della direttiva sui servizi nel mercato interno*, in Bestagno, F., Radicati di Brozolo, L., (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, p. 165

Mayer P., Heuzé V. (2007), *Droit international privé*, Paris

Miola M. (2003), *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, p. 322

Mucciarelli F. M. (2000), *Libertà di stabilimento comunitario e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.le*, p. II/559

Mucciarelli F. M. (2007), *Les fusions tranfrontalières des sociétés de capitaux et l'arrêt* Sevic *de la Cour de justice*, *Rev. du marché commun et de l'Union Européenne*, p. 458

Muir Watt (2004), *Note*, in *Rev. crit. dip*, p. 173

Muir Watt H. (2005), *L'entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, p. 545

Munari F., Terribile P. (2002), *The* Centros *Case and the Rise of an EC Market for Corporate* Law, in Ferrarini G., Hopt K., Wymeersch E., *Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague, p. 529

Munari F. (2006), *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *RDIPP*, p. 913

Pataut E. (2004), *Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés: un pas de plus*, in *Rec. Dalloz*, p. 491

Perrone A. (2001), *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso «Centros»*, in *Riv soc.*, p. 1292,

Pocar F. (2000), *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: «European conflict of laws»*, in *RDIPP*, p. 873

Portale G. B. (2003), *"Armonizzazione" e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. giur.*, p. 95

Rammeloo S. (2001), *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford

Rammeloo S. (2003), *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastricht Journal*, p. 169

Rammeloo S. (2004), *At Long Last: Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe Accomplished*, in *Maastricht Journal*, p. 379

Rammeloo S. (2008), *The 14th EC Company Law Directive on the Cross-Border Transfer of the Registered Office of Limited Liability Companies - Now or Never?*, in *Maastricht Journal*, p. 359

Reich N. (1992), *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law*, in *CMLR*, p. 861

Rossi L. S. (2004), *L'incidenza dei principi di diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *RDIPP*, p. 63

Roth W. H. (2003), *From Centros to Überseering: Free movement of companies, private international law and community law*, in *ICLQ*, p. 177

Santa Maria A. (1995), *Articolo 25*, da *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218 - Commentario*, in *RDIPP*, p. 1036

Santa Maria A. (1995), *Diritto commerciale comunitario*, Milano

Sonnenberger H. J. (2006), *Einleitung IPR*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Band 10, parr. 162 ss.

Sonnenberger H. J. (2007), (Hsbg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tübingen,

Szydło M. (2009), *Case C-210/06*, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt, *Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, nyr*, in CMLR, p. 703

Timmermans Ch. (2003), *Harmonization in the future company law in Europe*, in Hopt, Wymeersch, *Capital markets and company law*, New York, p. 623

Timmermans Ch. (2003), *Neue Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG zum europäischen Gesellschaftsrecht*, Bonn

Tizzano A., (a cura di) (2004), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, p. 401

Vignal T. (2009), *Note*, in *JDI*, p. 889

Villata F. (2004), *Societas Europaea (SE), diritto internazionale privato e tutela degli* stakeholders, in *RDIPP*, p. 901

Vismara F. (2009), *Note in tema di libertà di stabilimento delle società: commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso* Cartesio*)*, in *Dir. com. scamb. int.*, p. 235

Vossestein G. J. (2009),*Cross-border Transfer of Company Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment. Some Considerations on the Court of Justice's* Cartesio *Judgment*, in *Eur. Comp. Law*, p. 155

Vrellis S. (2008), *«Abus» et «fraude» dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in Azzi (sous la direction de), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques.* Liber amicorum *Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, p. 633

Wilderspin M., Lewis X. (2002), *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Rev. crit. dip*, p. 1

Wouters J. (2000), *European Company Law:* quo vadis?, in *CMLR*, p. 257

Wymeersch E. (2003), *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, in *CMLR*, p. 661

Wymeersch E. (2007), *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, in *EBOR*, p. 161

Giurisprudenza

Sentenza della Corte (Grande sezione) 16 dicembre 2008, in causa C-210/06, C*artesio Oktató és Szolgáltató bt*, in *Raccolta* 2008, p. I-9641

Sentenza della Corte (grande sezione) 12 settembre 2006, in causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc* e *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* c. *Commissioners of Inland Revenue*, in *Raccolta*, 2006, p. I-7995

Sentenza della Corte 13 dicembre 2005, in causa C-411/03 , *SEVIC Systems AG*, in *Raccolta*, 2005, p. I-10805

Sentenza della Corte (seduta plenaria) 19 ottobre 2004, in causa C-200/02, *Zhu e Chen c. Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2004, p. I-9925

Sentenza della Corte 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering BV* c. *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Raccolta*, 2002, p. I-9919

Sentenza della Corte 9 marzo 1999, in causa C-212/97, *Centros Ltd* c. *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Raccolta*, 1999, p. I-1459

Sentenza della Corte 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard* c. C*onsiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in causa C-55/94, in *Raccolta*, 1995, p. I-4165

Sentenza della Corte 30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, *ibidem*, 1995, p. I-4165

Sentenza della Corte 11 novembre 1995, in causa C-484/93, *Svensson*, *ibidem*, 1995, p. I-3955

Sentenza della Corte 10 maggio 1995, in causa C-384/93, *Alpine Investments*, *ibidem*, 1995, p. I-1141

Sentenza della Corte 31 marzo 1995, in causa C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, p. I-1663

Sentenza della Corte 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Micheletti e al.* c. *Delegación del Gobierno en Cantabria*, in *Raccolta*, 1992, p. I-04239

Sentenza della Corte 25 luglio 1991, in causa C-221/89, *The Queen* c. *Secretary of State for Transport* (ex parte *Factortame Ltd* et al.), in Raccolta, 1991, p. I-3905

Sentenza della Corte 27 settembre 1988, in causa 81/87, *The Queen* c. *H.M. Treasury and Commissioners on Inland Revenues* (ex parte *Daily Mail and General Trust LPC*), in *Raccolta* 1998, p. 5483

Sentenza della Corte 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, in *Raccolta*, 1978, p. 629

Sentenza della Corte 21 giugno 1974, in causa 2/74, *Reyners* c. *Belgio*, in *Raccolta*, 1974, p. 631

Sentenza della Corte 28 gennaio 1968, in causa 270/83, *Commissione* c. *Francia*, c.d. *avoir fiscal*, in *Raccolta*, 1986, p. 273

Sentenza della Corte 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Flaminio Costa* c. *Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129

Atti normativi e documenti

Rapport Goldman, in *Rev. trim. dr. européen*, 1968, p 401

Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento della personalità giuridica delle società , in *Bollettino C.E.*, Suppl., n. 2/69

Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE), in *G.U.* L 199 del 31/07/1985, p. 1

Progetto di XIV direttiva in *G.U.C.E.* C 138, 5 del 05/05/1997, anche in *Dir. comm. int.* 1999, p. 415

Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, del 8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in *G.U.* L 294 del 10/11/2001, p. 1

Direttiva 2001/86/CE del Consiglio, del 8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.* L 294 del 10/11/2001, p. 22

Report of the High Level Group of Company Law *Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* del 04/11/2002

Modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union - A plan to move forward, COM(2003) 284 del 21/05/2003

Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), in *G.U.* L 207 del 18/08/2003, p. 1

Direttiva 2003/72/CE del Consiglio, del 22 luglio 2003, che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.* L 207 del 18/08/2003, p. 25

Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC(2007) 1707 del 12/12/2007

SPEECH/07/441 del 28/06/2007, pronunciato a Berlino in occasione della *5th European Corporate Governance and Company Law Conference*

SPEECH/07/592 del 03/10/2007, pronunciato di fronte alla Commissione giuridica del Parlamento europeo a Bruxelles

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (*MoMiG*), in vigore dal 1 novembre 2008, in *Bundesgesetzblatt*, 2008, Teil I Nr. 48, 28. Oktober 2008, p. 2026

Proposta di regolamento del Consiglio relativo allo statuto della Società privata europea, COM(2008)396 def.

Recommendations to the Commission on cross-border transfer of company seats, 10/03/2009, EP T6-0086/2009

Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, 2010/C 115/01, in G.U. n. C 115 del 04/05/2010, pp. 1-38

Note

[1] Cultore della materia presso la cattedra di Diritto dell'Unione europea, LIUC, Castellanza. Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale dell'economia nell'Università L. Bocconi, Milano.

[2] Sentenza della Corte (Grande sezione) 16 dicembre 2008, in causa C-210/06, C*artesio Oktató és Szolgáltató bt*, in *Raccolta* 2008, p. I-9641 .

[3] Sentenza della Corte 27 settembre 1988, in causa 81/87, *The Queen* c. *H.M. Treasury and Commissioners on Inland Revenues* (ex parte *Daily Mail and General Trust LPC*), in *Raccolta* 1998, p. 5483. Per un commento si vedano BOUTARD-LABARDE, *Note* , in *JDI*, 1989, p. 428, CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *Dir. com. scamb. int.*, 1990, p. 50, LOUSSOUARN, *Le droit d'établissement des sociétés*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 229.

[4] Sentenza della Corte 9 marzo 1999, in causa C-212/97, *Centros Ltd* c. *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Raccolta*, 1999, p. I-1459. Tra i numerosissimi commenti si ricordano PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso «Centros»*, in *Riv soc.*, 2001, p. 1292, MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitario e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.le*, 2000, p. II/559, BEHRENS, Centros *and the Proper Law of Companies*, in FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH, *Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague, 2002, p. 503, MUNARI, TERRIBILE, *The* Centros *Case and the Rise of an EC Market for Corporate* Law, *ibidem*, p. 529 GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso* Centros, in *RDI*, 2000, p. 71, TIMMERMANS, *Harmonization in the future company law in Europe*, in HOPT, WYMEERSCH, *Capital markets and company law*, New York, 2003, p. 623.

[5] Sentenza della Corte 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering BV* c. *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Raccolta*, 2002, p. I-9919. Tra i tanti commenti si vedano COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros – Commento a: Corte di giustizia delle Comunità Europee, 5 novembre 2002, n. C-208/00*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 310, LAGARDE, *Note*, in *Rev. crit. dip*, 2003, p. 526, LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering» tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca Borsa Titoli di credito*, 2003, p. 456, MENJUCQ, *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés: du nouveau dans continuité de l'arrêt* Centros, in *La Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n° 12, 20 Mars 2003, 448, p. 520, RAMMELOO, *The Long and Winding Road towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe*, in *Maastricht Journal*, 2003, p. 169, ROTH, *From Centros to Überseering: Free movement of companies, private international law and community law*, in *ICLQ*, 2003, p. 177, WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, in *CMLR*, 2003, p. 661.

[6] Sentenza della Corte 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* c. *Inspire Art Ltd*, in *Raccolta*, 2003, p. I-10155. Per un commento si vedano, tra gli altri, HIRT, *Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in* Inspire Art Ltd, in *EBLR*, 2004, p. 1189, PATAUT, *Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés: un pas de plus*, in *Rec. Dalloz*, 2004, p. 491, MUIR WATT, *Note*, in *Rev. crit. dip*, 2004, p. 173, MENJUCQ, *Not*e, in *JDI*, 2004, p. 917, RAMMELOO, *At Long Last: Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe Accomplished*, in *Maastricht Journal*, 2004, p. 379, COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art – Libertà di stabilimento e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2005, p. 1220.

[7] Per un commento si vedano, AUTENNE, NAVEZ, *Cartesio – Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisité*, in *Ch. dr. eur.*, 2009, p. 91, CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza* Cartesio, in *RDIPP*, 2009, p. 869, DAMMANN, WYNAENDTS, NADER, *La renaissance inattendue de la théorie du siège réel*, in *Rec. Dallo*z, 2009, p. 574, FRANCQ, *Note de jurisprudence*, in *JDI*, 2009, p. 685, HEYMANN, *Note*, in *Rev. crit. dip*, 2009, p. 548, KOROM, METZINGER, *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its* Daily Mail *Decision in* Cartesio *Case C-210/06*, in *ECFLR*, 2009, p. 125, KOVAR, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 485, MASTRULLO, *Note*, in *Gazette du Palais*, 2009, p 12, MÉLIN, *Déplacement de siège social dans la Communauté européen*, in *La Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n° 8, 19 Février 2009, p. 1208, MENJUCQ, *Les possibilités de transfert de siège sociale au sein de la Communauté européenne*, in *La Sem. Jur. - Ed. Gén.*, n° 7, 11 Février 2009, p. II-10027, SZYDŁO, *Case C-210/06*, CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt, *Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 16 December 2008, nyr*, in CMLR, 2009, p. 703, VIGNAL, *Note*, in *JDI*, 2009, p. 889, VISMARA, *Note in tema di libertà di stabilimento delle società: commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso* Cartesio*)*, in *Dir. com. scamb. int.*, 2009, p. 235, VOSSESTEIN, *Cross-border Transfer of Company Seat and Conversion of Companies under the EC Treaty Provisions on Freedom of Establishment. Some Considerations on the Court of Justice's* Cartesio *Judgment*, in *Eur. Comp. Law*, 2009, p. 155.

[8] In base alla legge CXLIV del 1997 sulle società commerciali la *betéti társaság* è una società con un o più soci con responsabilità limitata e almeno un socio con responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali. La *betéti társaság* è centro autonomo di imputazione di diritti e doveri, ma non gode di personalità giuridica in senso proprio. Si tratta, dunque, di una struttura assimilabile alla *limited partnership* anglosassone e alla s.a.s. italiana. Si veda in proposito KOROM, METZINGER, *op. cit.*, p. 129.

[9] Cfr. Sentenza in commento, p.ti 35-39. Il giudice *a quo* richiama in particolare la giurisprudenza *CaixaBank France* e *SEVIC Systems*, quali successivi giurisprudenziali che possono avere in qualche modo temperato le affermazioni contenute nella sentenza *Daily Mail*. Quanto invece agli interventi legislativi lo *Szegedi Ítélőtábla* si riferisce all'istituzione del Gruppo europeo di interesse economico (GEIE) e della Società europea (SE).

[10] Cfr. Sentenza, p.to 40.

[11] Sentenza della Corte 25 luglio 1991, in causa C-221/89, *The Queen* c. *Secretary of State for Transport* (ex parte *Factortame Ltd* et al.), in *Raccolta*, 1991, p. I-3905, p.to 20, Sentenza della Corte 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard* c. C*onsiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in causa C-55/94, in *Raccolta*, 1995, p. I-4165, p.to 25, Sentenza della Corte (grande sezione) 12 settembre 2006, in causa C-196/04, *Cadbury Schweppes plc* e *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* c. *Commissioners of Inland Revenue*, in *Raccolta*, 2006, p. I-7995, p.ti 53-54.

[12] Così MUNARI, TERRIBILE, *op. cit.*, p. 533.

[13] Sul tema del rapporto tra l'ordinamento comunitario e i sistemi giuridici nazionali, con particolare attenzione al diritto internazionale privato, si vedano, *ex multis*, POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: «European conflict of laws»*, in *RDIPP*, 2000, p. 873, WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Rev. crit. dip*, 2002, p. 1, BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *RDIPP*, 2003, p. 671, BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205, FALLON, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in FUCHS, MUIR WATT, PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 31, ROSSI, *L'incidenza dei principi di diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *RDIPP*, 2004, p. 63, CONTALDI, *Libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto*, in *Impresa e società nel diritto comunitario* estratto da M. BESSONE (diretto da), *Il diritto privato dell'unione europea* Vol. XXVI - Tomo II, Torino, 2006, p. 1325, MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *RDIPP*, 2006, p. 913, MALATESTA, *Principio dello Stato d'origine e norme di conflitto alla luce della direttiva sui servizi nel mercato interno*, in BESTAGNO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, 2008, p. 165, FOIS, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere definitivo del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato.* Liber *Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 343, LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, *ibidem*, p. 613.

[14] Questa è la tesi sostenuta con decisione dal governo del Regno Unito nel caso *Cartesio*; sul punto si veda KOROM, METZINGER, *op. cit.*, p. 133. Dello stesso parere e tuttavia più dubbioso BEHRENS, Centros *op. cit.*, p. 514. In particolare l'autore distingue il trasferimento della sede reale, certamente incluso nella nozione di stabilimento di cui all'art. 43 CE, e trasferimento della sede legale che origina invece maggiori dubbi di sistemazione. In senso favorevole all'inclusione del trasferimento della sede sociale nell'ambito della libertà di stabilimento si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola del 16 luglio 1998, causa C-212/97, *Centros*, in Raccolta, 1999, p. I-01459, p.to 20 e KIENINGER, *The Law Applicable to Corporations in the EC*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 2009, p. 607, in particolare p. 617; nel medesimo senso depone anche l'art. 7 della proposta di legislazione comunitaria elaborata dal *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht* e riportata in SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Tübingen, 2007, pp. 9-10 nella versione tedesca (pp. 71-72 nella traduzione inglese, p. 130 in francese, pp. 196-197 in italiano).

[15] Sull'armonizzazione delle discipline nazionali concernenti le società si vedano HOPT, *Company Law in the European Union: Harmonization or Subsidiarity*, Roma, 1998, BALLARINO, *Le direttive comunitarie sull'armonizzazione del diritto delle società*, in DRAETTA (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 14, CORAPI, DE DONNO, *Le società*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XXVI – *Il diritto privato nell'Unione Europea*, a cura di TIZZANO, tomo II, Torino, 2000, p. 1036. Sul rilievo di un'inversione di tendenza rispetto all'intervento armonizzatore si veda TIMMERMANS, *Harmonization in the future company law in Europe*, op. cit., pp. 626-630, mentre per una analisi dell'evoluzione nell'approccio al diritto societario da parte della Comunità WOUTERS, *European Company Law:* quo vadis?, in *CMLR*, 2000, p. 257, MENJUCQ, *L'Europe et le droit de l'entreprise*, in *La Sem. Jur. - Entr. et aff.*, n°14, 15 Avril 2007, p. 1464.

[16] L'alternativa tra armonizzazione e concorrenza come metodi di coordinamento tra ordinamenti nazionali si è ripresentata in tutti i settori del diritto comunitario anche se l'approccio prevalente sembra favorire la prima, talvolta nella versione dell'armonizzazione minima o addirittura negativa (sul punto si veda BERGÉ, *Le droit d'une «communauté de lois»: le front européen*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 113). Così è stato anche per la libertà di stabilimento delle società (*ut supra* nota n. 15). In questo settore il dibattito sull'opportunità di mettere in concorrenza tra loro i sistemi giuridici degli Stati membri si è recentemente acceso con il caso *Centros*, occasione in cui l'Avvocato generale La Pergola ha affermato a chiare lettere che, in assenza di armonizzazione, la regola per risolvere le divergenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri è rappresentata dalla concorrenza tra sistemi normativi (si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola del 16 luglio 1998, in *Raccolta*, 1999, p. I-1459, p.to 20). Per un

commento sul tema, oltre a quanti già citati in relazione al caso *Centros* (*supra* nota n. 3), si ricordano, ad esempio, REICH, *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law*, in *CMLR*, 1992, p. 861, EHLERMANN, *Compétition entre systèmes réglementaires*, in *Rev. marché comm. Un. eur.*, 1995, p. 220, BENEDETTELLI, *«Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc*, 2003, p. 699, MIOLA, *Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 322, PORTALE, *"Armonizzazione" e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 95, GNES, *La scelta del diritto – Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, COLANGELO, *op. cit*. Sull'assenza di una vera concorrenza in Europa KIENINGER, *The Legal Framework of a Regulatory Competition based on Company Mobility: EU and US compared*, in *Germ. Law Rev.*, 2005, p. 740, in particolare pp. 769 e 770.

[17] Cfr. Sentenza, p.to 34.

[18] La storia del progetto di XIV direttiva è decisamente travagliata. Nel 1997 è stata pubblicata una bozza di proposta di direttiva concernente il trasferimento della sede sociale (si veda *G.U.C.E*. C 138, 5 del 05/05/1997 oppure *Dir. comm. int.* 1999, p. 415). La proposta consisteva in un duplice progetto, concernente rispettivamente il trasferimento della sede reale e della sede legale. La continuità della personalità giuridica della società era garantita in ambo i casi (diverse invece le conseguenze circa la sorte della legge applicabile). La competenza nel caso di trasferimento con cambiamento della legge applicabile era ripartita tra gli Stati membri coinvolti secondo un criterio cronologico. Da allora la questione è caduta nel silenzio fino al 2002 quando è stato pubblicato il *Report of the High Level Group of Company* L*aw Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* del 04/11/2002. In quello studio sulle offerte pubbliche di acquisto e la modernizzazione del diritto societario dell'Unione commissionato dalla Commissione ad un gruppo di esperti di diritto societario (c.d. Gruppo Winter) si ribadisce la necessità di un intervento del legislatore comunitario, tra l'altro, sul fronte del trasferimento transfrontaliero di sede (si vedano in particolare p. 35 e ss.). Su questa scia la Commissione ha aperto una consultazione i cui risultati sono confluiti poi nel piano d'azione *Modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union - A plan to move forward*, COM(2003) 284 del 21/05/2003. Il trasferimento della sede sociale vi viene indicato come uno dei fattori chiave per accrescere l'efficienza e la competitività delle imprese europee e si ribadisce la volontà di addivenire ad una proposta di XIV direttiva (si vedano in particolare par. 2.2. e par. 3.4). Nel frattempo l'adozione di una direttiva sul trasferimento della sede sociale è comparsa tra le priorità a medio termine nella c.d. agenda di Lisbona del 2005. Sfortunatamente però nel 2007 il commissario per il mercato interno e i servizi, McCreevy, ha annunciato l'abbandono dei lavori. Alla fine del 2007 la Commissione ha pubblicato un *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC(2007) 1707 del 12/12/2007. Nel 2009 il Parlamento europeo ha nuovamente raccomandato alla Commissione l'adozione entro il 31/03/2009 di una proposta di direttiva per il coordinamento delle legislazioni nazionali al fine di facilitare il trasferimento transfrontaliero della sede sociale (si veda *Recommendations to the Commission on cross-border transfer of company seats*, 10/03/2009, EP T6-0086/2009). Sempre nel 2009, il c.d. *Programma di Stoccolma*, in relazione alla progressiva realizzazione di uno spazio giudiziario europeo, invita ad un progetto più ambizioso, e cioè quello di introdurre un sistema specificamente europeo, opzionale, di regole aperto alle società, simile a quelli già predisposti per altre aree del mercato interno (ad esempio SE, GEIE etc.) e incoraggiante lo sviluppo del commercio intracomunitario nonché lo stabilimento di un unico quadro giuridico, direttamente applicabile. (si veda p. 13). Ciononostante, la ripresa dei lavori non sembra al momento probabile. Per un'analisi della proposta di XIV direttiva si vedano CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Faciliter le transfert des sièges sociaux au sein de l'Union européenne (Examen de la proposition de 14eme Directive)*, 20 mai 1999, MENJUCQ, *Réflexion critique sur la proposition de 14e directive relative au transfert intra-communautaire de siège* social, *in Bulletin Joly Sociétés*, 2000, p. 137, RAMMELOO, *The 14th EC Company Law Directive on the Cross-Border Transfer of the Registered Office of Limited Liability Companies – Now or Never?*, in *Maastricht Journal*, 2008, p. 359.

[19] Cfr. SPEECH/07/441 del 28/06/2007, pronunciato a Berlino in occasione della *5th European Corporate Governance and Company Law Conference* e SPEECH/07/592 del 03/10/2007, pronunciato di fronte alla Commissione giuridica del Parlamento europeo a Bruxelles.

[20] Per una panoramica sulla giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di stabilimento si veda FERRARIS, *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, in *Dir. com. scamb. int.*, 2006, p. 717.

[21] Confrontando il testo degli articoli appena citati ci si avvede che la loro formulazione è pressoché invariata dal 1957 (se si esclude il riferimento al periodo transitorio, riferimento espunto con le modifiche apportate dal trattato di Amsterdam e che nulla toglie all'essenza della disciplina ivi contenuta). Invero, la differenza tra i vecchi articoli 52 e 58 e i corrispondenti odierni sta nel fatto che il divieto di restrizioni non era formulato in modo secco, com'è oggi, ma comprendeva, oltre al divieto di restrizioni, anche l'ulteriore obbligo in capo agli Stati membri di provvedere, durante il periodo transitorio, alla graduale soppressione delle restrizioni già esistenti alla data di entrata in vigore del trattato. Tale riferimento alla graduale soppressione delle restrizioni è sopravvissuto invariato al trattato di Maastricht ed è poi stato definitivamente espunto dal testo della norma di cui all'art. 43 con le modifiche apportate dal trattato di Amsterdam nel 1997. Quanto agli ultimi avvenimenti "costituzionali", l'unica differenza letterale tra il neopensionato trattato CE e il nuovo TFUE nel capo relativo al diritto di stabilimento è l'inserimento del Parlamento europeo nel testo dell'art. 50 TFUE (vecchio art. 44 CE) tra le

istituzioni deputate a dare attuazione per via legislativa alle disposizioni del capo medesimo. Si tratta, tuttavia, solo di una precisazione che nulla cambia circa la sostanza del procedimento legislativo e delle istituzioni coinvolte. Si tratta sempre della medesima procedura che vede coinvolto con un ruolo significativo anche il Parlamento europeo: vigente il trattato CE il riferimento era all'art 251, la c.d. procedura di codecisione, vigente il nuovo TFUE il riferimento diventa la procedura legislativa ordinaria di cui all'art 294. Le due procedure sono del tutto identiche.

[22] In questo senso si vedano TIMMERMANS, *Neue Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG zum europäischen Gesellschaftsrecht*, Bonn, 2003, p. 3 e LIPSTEIN, *The law relating to the movement of companies in the European Community*, in MANSEL, PFEIFFER, KRONKE, KOHLER, HAUSMANN (Hrsg.), *Festschrift fűr Erik Jayme*, München 2004, Band I, p. 527, specialmente p. 529,

[23] Sulla funzione dei criteri di cui all'art. 48, c. 1, CE, si veda TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 401.

[24] Sentenza della Corte 21 giugno 1974, in causa 2/74, *Reyners* c. *Belgio*, in *Raccolta*, 1974, p. 631, p.ti 24/27, Sentenza della Corte 28 gennaio 1968, in causa 270/83, *Commissione* c. *Francia*, c.d. *avoir fiscal*, in *Raccolta*, 1986, p. 273, p.to 13; il principio è stato poi ribadito anche nel caso *Daily Mail*, *ut supra* nota n. 2.

[25] *Prima direttiva* 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, in *G.U.* L 65 del 14/03/1968, p. 8; *seconda direttiva* 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, in *G.U.* L 26 del 31/01/1977, p. 1; t*erza direttiva* 78/855/CEE del Consiglio, del 9 ottobre 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa alle fusioni delle società per azioni, in *G.U.* L 295 del 20/10/1978, p. 36; *quarta direttiva* 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, in *G.U.* L 222 del 14/08/1978, p. 11; *settima direttiva* 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati, in *G.U.* L 193 del 18/07/1983, p. 1; *ottava direttiva* 84/253/CEE del Consiglio del 10 aprile 1984 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili, in *G.U.* L 126 del 12/05/1984, p. 20; *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, in *G.U.* L 395 del 30/12/1989, p. 36; *dodicesima direttiva* 89/667/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in materia di diritto delle società relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio, in *G.U.* L 232 del 2/09/1999, p. 34; t*redicesima direttiva* 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto, in *G.U.* L 142 del 30/04/2004, p. 12; direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in *G.U.* L 310/1 del 25/11/2005. Allo stadio di progetto sono ancora una *quinta direttiva* concernente la struttura delle società per azioni, una *nona direttiva r*elativa alla disciplina dei gruppi di imprese e la famigerata *quattordicesima direttiva* riguardante il trasferimento di sede di società da uno Stato membro ad un altro.

[26] Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, del 8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in *G.U.* L 294 del 10/11/2001, p. 1 e Direttiva 2001/86/CE del Consiglio, del 8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.* L 294 del 10/11/2001, p. 22. Per un commento dettagliato dello Statuto della SE si vedano LESGUILLONS, *La Société Européenne*, in DRAETTA (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 147, MALATESTA, *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *RDIPP*, 2002, p. 613, VILLATA, *Societas Europaea (SE), diritto internazionale privato e tutela degli* stakeholders, in *RDIPP*, 2004, p. 901, e i volumi collettanei DRAETTA, POCAR (a cura di), *La società europea*, Milano, 2002, HOPT, MENJUCQ, WYMEERSCH (sous la direction de), *La société européenne*, Paris, 2003.

[27] Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), in *G.U.* L 207 del 18/08/2003, p. 1 e Direttiva 2003/72/CE del Consiglio, del 22 luglio 2003, che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.* L 207 del 18/08/2003, p. 25.

[28] Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE), in *G.U.* L 199 del 31/07/1985, p. 1. In proposito si vedano BONVICINI, *L'attuazione in Italia nel Gruppo Europeo di Interesse Economico*, in DRAETTA (coord. scient.), *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991, p. 67, CORAPI, *Il gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE), ibidem*, p. 99, DRAETTA, *Il GEIE e la prassi del commercio internazionale, ibidem*, p. 119, LAZARUS, *L'expérience française*: *le Groupement d'Intérêt Economique, ibidem*, p. 127, DECOLOUX, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 13, MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, 2001, pp. 160-199.

[29] Proposta di regolamento del Consiglio relativo allo statuto della Società privata europea, COM(2008) 396 def.

[30] Si conta solo un tentativo concretizzatosi in una *Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento della personalità giuridica delle società* mai entrata in vigore a causa dell'insufficiente numero di ratifiche. Per il

testo della convenzione cfr. *Bollettino C.E.*, Suppl., n. 2/69; per il testo della convezione unitamente al *rapporto Goldman* cfr. *Rev. trim. dr. européen*, 1968, p 401. Per un commento si veda SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano 1995, p. 63. In ogni caso sul valore solo sussidiario dell'art. 293 CE si è più volte pronunciata la Corte di giustizia nella stessa giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento. In tal senso si veda per tutti Sentenza della Corte nel caso *Überseering* cit., p.to 54.

[31] Per una panoramica sul punto si vedano GUILLAUME, *Lex societatis*, Zurich, 2001, in particolare pp. 113-188, MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés* cit., pp. 87-95, RAMMELOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford, 2001, in particolare pp. 9-85.

[32] Sulla differenza tra costituzione e incorporazione si veda LUZZATTO, AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sez. Commerciale*, vol. XIV, Torino, 1997, p. 1146.

[33] Il termine *sede* ha una molteplicità di significati, variabili non solo in virtù dell'ordinamento considerato ma anche in funzione della branca del diritto esaminata. Sul punto si veda MENJUCQ, *La notion de siège social: une unité introuvable en droit international et en droit communautaire*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, p. 499. A titolo di esempio, sul concetto di *sede* nel diritto materiale e internazionale privato nei diversi ordinamenti nazionali si veda con riferimento alla Svizzera GUILLAUME, *op. cit.*, pp. 45-60 e relativamente al diritto italiano LICINI, *Persone giuridiche*, in IEVA (a cura di), *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Aspetti di interesse notarile*, Milano, 2001, p. 121. Per quanto riguarda le nozioni si sede utilizzate come criteri di collegamento *ut supra* nota n. 31.

[34] Cfr. Sentenza, p.to 47. In inglese "real seat", in francese "siège réel", in italiano "sede effettiva", in tedesco "tatsächlichen Sitzes", in spagnolo "domicilio real", in ungherese "székhely".

[35] Cfr. *G.U.* C 165 del 15/07/2006, p. 17. In effetti nella traduzione inglese si legge "registered office", espressione ingannevole rispetto alla fattispecie in esame. Più corrette sembrano le traduzioni italiana ("sede"), francese ("siège social"), tedesca ("Sitz") e spagnola ("domicilio"), le quali si prestano maggiormente a rendere la nozione di *székhely*, di per sé neutra rispetto alla funzione della sede in questione, ma in concreto indicante sia la sede legale sia la sede reale.

[36] I due governi in questione sono quelli di Irlanda e Regno Unito. Il primo, accortosi dell'errore al momento della lettura delle conclusioni dell'Avvocato generali declinate in termini di trasferimento degli "operational headquarters", ha addirittura chiesto invano alla Corte la riapertura della fase orale. Cfr. Sentenza, p.ti 41 e 53. Sulla disavventura terminologica dei due governi si veda KOROM, METZINGER, *op. cit.*, p. 134.

[37] L'uso dell'imperfetto non è casuale. Infatti, il legislatore ungherese è intervenuto, nelle more del procedimento pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia, con una riforma ad ampio respiro intesa a modernizzare il diritto commerciale nazionale, tra l'altro modificando l'art. 16 della legge sulla registrazione delle società nel senso di dissociare i due tipi di sedi, utilizzando il termine *székhely* solo come "sede sociale" e introducendo una nuova espressione, prima sconosciuta al diritto interno, volta ad indicare il centro dell'amministrazione, ovvero *központi ügyvezetés helye*". A questo proposito si veda KOROM, METZINGER, *op. cit.*, p. 157-159, BURIÁN, *The Impact of Community Law on the Determination of the Personal Law of the Companies*, in HAY, VÉKÁS, ELKANA, DIMITRIJEVIC, *Resolving International Conflicts.* Liber amicorum *Tibor Várady*, Budapest-New York, 2009 , p. 67, in particolare p. 79.

[38] Si badi che entrambe le leggi, quella sulle società commerciali e quella sulla registrazione delle imprese, utilizzavano il termine ungherese *székhely* che risultava neutro rispetto alla funzione e alla tipologia della sede considerata. Altrimenti detto, il vocabolo *székhely* poteva contemporaneamente designare sia la sede effettiva sia la sede legale.

[39] Cfr. Conclusioni, p.to 22.

[40] Cfr. Conclusioni, p.to 23.

[41] Sul punto si veda BURIÁN, *op. cit*, p.p. 68-69.

[42] L'art. 18 n. 3 e 4 prevede infatti, per il caso di persone giuridiche inscritte a norma della legislazione di più d'uno Stato o persone giuridiche non registrate poiché la registrazione non è richiesta dalla legge dello Stato in cui hanno fissato la propria sede statutaria, che la *lex societatis* si individui tramite la sede indicata in statuto. Le persone giuridiche che non abbiano sede statutaria o ne abbiano una in più Stati membri e, ai sensi della legislazione di uno di questi, la registrazione non sia necessaria sono invece regolate dalla legge dello Stato nel quale hanno la propria sede direttiva.

[43] In effetti né la Corte né l'Avvocato generale vi hanno proceduto, se escludiamo un piccolo accenno da parte di quest'ultimo in apertura di discussione della quarta questione preliminare. Tuttavia si può facilmente intendere tale accenno non tanto nel senso che il diritto internazionale privato ungherese accoglie la teoria della sede reale, cosa che non è infatti, quanto nel senso che il diritto sostanziale ungherese richiede per la costituzione di una società che essa abbia sia la sede legale sia quella reale all'interno dei confini nazionali, così di fatto legando l'esistenza della società in quanto retta dal diritto ungherese all'ubicazione obbligata della sede reale in Ungheria.

[44] L'esame del punto di vista dello Stato di stabilimento sarebbe stato davvero interessante nel caso di specie poiché avrebbe necessariamente richiesto l'applicazione delle disposizioni di conflitto di cui all'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218. Sarebbe stata questa una buona occasione per testare l'applicabilità e la tenuta in particolare delle norme di cui al primo comma, ultimo periodo, e al terzo comma rispetto ad un caso di rilevanza comunitaria. Per un commento della disposizione citata si vedano, tra gli altri, LUZZATTO, AZZOLINI, *Società* cit., p. 136, BENEDETTELLI, *Persone giuridiche*, in BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del*

sistema italiano di diritto internazionale privato, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1996, p. 1108, SANTA MARIA, *Articolo 25*, da *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218 - Commentario*, in *RDIPP*, 1995, p. 1036, BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato - Società ed altri enti*, in Comitato Regionale Notarile Lombardo, *La riforma del diritto internazionale privato. Atti Milano - 28 ottobre 1995*, Milano, 1996, p. 57.

[45] Cfr. Conclusioni, p.to 34. L'Avvocato generale parla di una "outright negation of freedom of establishment".

[46] Cfr. Conclusioni, p.to 31.

[47] Su questo punto tra le numerose decisioni della Corte di giustizia si possono citare Sentenza della Corte 31 marzo 1995, in causa C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, 1993, p. I-1663, in particolare p.to 32, Sentenza della Corte 10 maggio 1995, in causa C-384/93, *Alpine Investments*, *ibidem*, 1995, p. I-1141, specialmente p.to 40, Sentenza della Corte 11 novembre 1995, in causa C-484/93, *Svensson*, *ibidem*, 1995, p. I-3955, Sentenza della Corte 30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, *ibidem*, 1995, p. I-4165, in particolare p.to 37.

[48] L'avvocato generale ha ricavato l'applicabilità degli articoli 43 e 48 CE al caso di specie in virtù del carattere discriminatorio delle norme nazionali (alla questione sono dedicate poche righe). In altri termini, egli ha ritenuto che disposizioni nazionali, come quelle ungheresi, che consentono il trasferimento della sede solo all'interno del territorio nazionale, trattino le situazioni transfrontaliere più sfavorevolmente di quelle puramente interne e perciò costituiscano una restrizione al diritto di stabilimento. Cfr. Conclusioni, p.to 25.

[49] La distinzione è stata formalmente inaugurata dalla dottrina francese; sul punto si veda LAGARDE, *Note*, op. cit. Pur condividendo l'idea dell'unicità della libertà in questione, si ritiene che una simile tendenza a distinguere, nell'esercizio del diritto di stabilimento, la direzione del movimento e lo Stato nei confronti del quale la libertà è rivendicata sia connaturata e del tutto legata alla funzione svolta dalla Corte di giustizia la quale, trovandosi a dover decidere della compatibilità di specifiche disposizioni nazionali rispetto alle norme del trattato, non può estendere il giudizio alla generalità dei casi ma deve necessariamente pronunciarsi circa la singola situazione sottopostola che, come tale, rappresenta solo uno delle possibili modalità di esercizio della libertà di stabilimento.

Sul punto si veda TIMMERMANS, *Neue Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG zum europäischen Gesellschaftsrecht* cit., p. 17.

[50] *Ut supra* nota n. 45.

[51] Sulla distinzione tra frode (al diritto nazionale) e abuso del diritto comunitario si vedano, in particolare, PATAUT, *op. cit.*, pp. 493-494, CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso* Van Binsbergen *alla* Carta dei diritti, *passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 292, specialmente pp. 300-304. Sull'evoluzione del concetto di abuso con specifico riferimento alla libertà di stabilimento si veda, oltre a CAFARO cit., EDWARDS, FARMER, *The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: A Case of Double Standards*, in ARNULL, EECKHOUT, TRIDIMAS, *Continuity and Change in the EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 205; più in generale si vedano anche GESTRI, *Abuso del diritto e frode alle legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, ENGSIG SORENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *CMLR*, 2006, p. 443, VRELLIS, *«Abus» et «fraude» dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in AZZI (sous la direction de), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques.* Liber amicorum *Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 633.

[52] Cfr. Conclusioni, p.ti 30-31. L'avvocato generale Poiares Maduro sottolinea l'attenzione posta dalla Corte nella sua giurisprudenza agli *effetti* discendenti dall'applicazione delle norme nazionali. Sul punto si vedano (in termini più generali) BARIATTI, *op. cit.*, p. 677, FALLON, MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002 (vol. VI), p. 37, in particolare p. 52 e (con specifico riferimento alla giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento) WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat* cit., p. 681, PATAUT, *op. cit.*, p. 492, BEHRENS, *From "Real Seat" to "Legal Seat": Germany's Private International Company Law Revolution*, in *Resolving International Conflicts.* Liber Amicorum *Tibor Várady*, 2009, Budapest, p. 45, in particolare p. 52, KIENINGER, *The Law Applicable to Corporations in the EC cit.*, p. 609. Nel senso che l'effetto restrittivo della libertà di stabilimento sia da ricondurre direttamente alla norma di conflitto, autonomamente considerata, e non alle disposizioni della legge materiale individuata come applicabile si veda BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 315.

[53] Gli ostacoli alla effettiva attuazione della libertà di stabilimento sorgono generalmente dalle norme materiali, raramente dalle norme di conflitto in sé considerate. Così MUIR WATT, *L'entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres*, in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, p. 545, in particolare p. 546.

[54] In tal senso si veda FRANCQ, *op. cit.*, p. 685.

[55] In questo senso si veda HAYMANN. *op. cit.*, p. 559.

[56] Si vedano sul punto DAMMANN, WYNAENDTS, NADER, *op. cit.*, p. 575, VIGNAL, *op. cit.*, p. 95.

[57] In questo senso AUTENNE, NAVEZ, *op. cit.*, p. 122.

[58] Una distinzione siffatta e, soprattutto, conclusioni identiche circa la soluzione delle due ipotesi erano già state prefigurate da alcuna dottrina. Si veda BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, op. cit., pp. 616-617.

[59] Cfr. Sentenza p.ti. 104-106.

[60] Cfr. Sentenza p.ti 107-108.

[61] Cfr. Sentenza p.to 109.

[62] Cfr. Sentenza p.to 110.

[63] Anche se formulata in modo differente la conclusione nel caso *Cartesio* è identica a quella che la Corte ha riformulato più di trent'anni fa nel caso *Daily Mail*. Solo, oggi la Corte ribalta i termni della questione: cioè non dice più espressamente che le società non possono invocare direttamente gli artt. 43 e 48 CE per trasferire la sede all'estero, ma afferma la compatibilità con il trattato della normativa ungherese che impedisce tale operazione, il che equivale a dire che le società non possono invocare direttamente le norme sul diritto di stabilimento per trasferire all'estero la loro sede sociale.

[64] Sul primato del diritto comunitario si vedano Sentenza della Corte 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Flaminio Costa* c. *Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129 e Sentenza della Corte 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, in *Raccolta*, 1978, p. 629.

[65] Per una posizione non dissimile, anche se più in generale con riferimento alle condizioni per beneficiare della libertà di stabilimento, si veda BEHRENS, Centros *op. cit*., p. 508.

[66] Si veda in questo senso Sentenza della Corte 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Micheletti e al.* c. *Delegación del Gobierno en Cantabria*, in *Raccolta*, 1992, p. I-04239, p.to 10, ribadito ancora in Sentenza della Corte (seduta plenaria) 19 ottobre 2004, in causa C-200/02, *Zhu e Chen c. Secretary of State for the Home Department, ibidem*, 2004, p. I-9925, p.to 37. Del resto la Corte stessa nel caso *Centros*, descrivendo la funzione dei criteri elencati dal primo comma dell'allora art. 58 CEE, aveva precisato che essi servivano a collegare una società a un ordinamento nazionale, al pari di quel che accade con la "nazionalità" per le persone fisiche. L'osservazione è valida in termini generali, anche se l'analogia tra persone fisiche da un lato e società dall'altra si ferma qui. Cfr. Sentenza della Corte nel caso *Centros*, p.to 30.

[67] Introdurre la "nazionalità" delle società nel discorso sulla libertà di stabilimento significa complicare ulteriormente la questione, poiché la nazionalità è criterio giuridico che richiede una sua definizione, e farlo inutilmente, dal momento che essa non compare tra i criteri alternativi indicati dal primo comma dell'art. 48 CE. Va rimproverato, dunque, alla Corte di aver fatto uso per la prima volta del termine "nazionalità" con riferimento alle società, anche se questo particolare tradisce probabilmente l'impostazione del ragionamento della Corte incentrato sull'analogia persone fisiche-società. Cfr. Sentenza, p.ti 34, 38, 49 e 123 (per quanto nei primi tre casi l'utilizzo pare riferibile al giudice *a quo*). Su questo punto vedi MENJUCQ, *Les possibilités de transfert de siège sociale* cit., p. II-10034 e MASTRULLO, *op. cit.*, p. 14.

[68] Per una panoramica delle legislazioni di alcuni Stati europei in ottica comparatistica si veda RAMMELOO, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, op. cit., p. 95 e ss.

[69] Spesso nei casi di trasferimento della sede sociale all'estero è difficile persino tenere distinti i due punto di vista, materiale e internazionalprivatistico. Un esempio è rappresentato dalla previsione di cui all'art. 25, comma 3, della legge n. 218 del 31 maggio 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale. La norma, relativa al trasferimento della sede sociale all'estero, non riesce ad essere una norma di conflitto in senso proprio, ma viene comunemente ritenuta una norma di diritto internazionale privato materiale. Sul punto si veda, per tutti, BENEDETTELLI, *Persone giuridiche*, op. cit., p. 1139.

[70] Circa l'opportunità di una iniziativa comunitaria nel solco della XIV direttiva si rinvengono solo pareri concordi. La prima grande sostenitrice di questo progetto di XIV direttiva sembra essere la stessa Corte di giustizia che non perde l'occasione, anche in quest'ultimo caso, per sottolineare l'assenza di soluzioni convenzionali o legislative e, soprattutto, per ribadirne l'urgenza. Cfr. Sentenza, p.ti 108 e 114. Sul punto: DAMMANN, WYNAENDTS, NADER, *op. cit.*, p. 575 (anche se gli autori propugnano l'adozione di un regolamento), KOROM, METZINGER, *op. cit.*, pp. 159-160, MASTRULLO, *op. cit.*, p. 16, VIGNAL, *op. cit.*, p. 902, VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 123. Per un'analisi più approfondita sulla necessità di un intervento del legislatore comunitario in materia si vedano WYMEERSCH, *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, in *EBOR*, 2007, p. 161, KIENINGER, *The Law Applicable to Corporations in the EC* cit. Per quanto riguarda l'opinione del mondo economico registrata dalle consultazioni effettuate tra il 2002 e il 2005 dalla Commissione si veda *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, cit., p. 7. Infine, sull'opportunità di un intervento legislativo comunitario che, attraverso, norme di diritto internazionale privato uniformi, ristabilisca la certezza del diritto persa in conseguenza della giurisprudenza comunitaria si veda SONNENBERGER (Hsbg.), *Vorschläge und Berichte* cit., pp. 6, 14-16 (nella versione originale in tedesco) e 68, 76-78 (nella traduzione inglese). Il volume contiene la proposta di regolamento comunitario (e di parallela riforma del diritto tedesco) elaborata in materia dal *Deuscther Rat für Internationales Privatrecht* nel 2006. Per un commento del duplice progetto si veda KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento sulla legge applicabile alle società*, in *RDIPP*, 2006, p. 657.

[71] Un esempio è rappresentato dalla disposizione di cui all'art. 25, c. 1, ult. per., legge 31 maggio 1995 n. 218 di riforma del sistema di diritto internazionale privato, la quale dispone, come regola residuale per le società costituite fuori dal paese, l'applicazione della legge italiana alle società che abbiano l'amministrazione centrale in Italia. Tale norma è considerata lesiva della libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 CE per questo la sua applicabilità, così come quella di cui al terzo comma del medesimo art. 25, ai casi intracomunitari dovrà essere vagliata caso per caso sotto il profilo di una eventuale giustificazione. Di questo avviso BENEDETTELLI, *Persone giuridiche*, *op. cit.*, pp. 1147-1148.

[72] Diversamente, per una "teoria della costituzione comunitaria" secondo la quale, una volta venuta ad esistenza validamente in conformità al diritto di uno Stato membro, una società deve essere ammessa nel territorio degli

altri Stati membri quand'anche essa non possa più essere qualificata come "domestic company" alla luce del diritto dell'ordinamento di costituzione si veda WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat* cit., p. 682.

[73] Cfr. Statuto SE art. 8, Statuto GEIE artt. 6, 12 e 13, Statuto SCE artt. 6-7.

[74] Cfr. Sentenza, p.ti 115-120.

[75] Sul punto si veda in particolare VOSSESTEIN, *op. cit.*, p. 123. L'a. ritiene che dietro all'abbandono dei lavori sulla XIV direttiva si nasconda in realtà la volontà di proporre la Società privata europea, il cui Statuto è in via di adozione, quale strumento principe per l'esercizio della mobilità transfrontaliera per le società di piccole e medie dimensioni.

[76] Sentenza della Corte 13 dicembre 2005, in causa C-411/03 , *SEVIC Systems AG*, in *Raccolta*, 2005, p. I-10805. Per un commento si vedano KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza* Sevic *della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, I, p. 479, LICINI, *Libertà di stabilimento comunitaria in caso di fusione transfrontaliera*, in *Riv. not.*, 2006, p. 128, CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di giustizia: Il caso* Sevic, in *RDIPP* 2007, p. 345, MUCCIARELLI, *Les fusions tranfrontalières des sociétés de capitaux et l'arrêt* Sevic *de la Cour de justice, Rev. du marché commun et de l'Union Européenne*, 2007, p. 458.

[77] Tra i tanti motivi il più evidente è senz'altro il fatto che quest'ultima coinvolge una sola società, la quale cambia forma giuridica in virtù del passaggio da un ordinamento ad un altro ma rimane nella sostanza la stessa società prima e dopo il trasferimento.

[78] In questo senso la dottrina francese, in particolare v. M. MÉNJUCQ, *Note* cit., p. 10036 e J. HEYMANN, *op. cit.*, p. 565, FRANCQ, *op. cit.*, p. 688.

[79] La distinzione operata esplicitamente dalla Corte di giustizia ricorda moltissimo la proposta di XIV direttiva già menzionata e non già solo per il fatto di distinguere le due ipotesi in base al criterio del mutamento della legge applicabile, ma anche per la soluzione del caso. Infatti la proposta del 1997 ripartiva, nel caso di trasferimento della sede sociale con mutamento della *lex societatis*, la competenza degli Stati membri coinvolti dall'operazione secondo un criterio temporale e prevedeva l'adattamento dello statuto della società interessata al diritto societario dello Stato membro ospite (*ut supra* nota n. 21).

[80] Che al trasferimento della sede segua il mutamento della legge applicabile alle società dipende dalla combinazione dei criteri di collegamento adottati dagli ordinamenti coinvolti in punto di *lex societatis* e dal tipo di sede che viene spostata tra Stati diversi. Così, ad esempio, lo spostamento della sede reale di una società da uno Stato che accoglie la *incorporation theory* ad un altro che opta per il medesimo criterio non comporta alcun cambiamento della legge applicabile alla società. La stessa conseguenza deriverebbe dal trasferimento della sede legale di una società tra due paesi che adottano entrambi la *Sitztheorie*. Darebbe invece senz'altro luogo a un mutamento della *lex societatis* lo spostamento della sede reale tra due Stati che utilizzino proprio quello come criterio di collegamento e similmente accadrebbe per lo speculare caso del trasferimento della sede legale tra due paesi che utilizzino il criterio . Infine, molto più complesso lo spostamento della sede reale da uno Stato che accoglie la *Sitztheorie* verso uno che invece si attesta sulla opposta dottrina (o viceversa), così come pure l'ipotesi del trasferimento della sede legale tra due paesi che utilizzino criteri differenti: in queste situazioni per così dire "miste" le conseguenze del trasferimento sulla legge applicabile alla società variano a seconda del punto di vista che si assume, vuoi quello dello Stato di costituzione, vuoi quello del paese di stabilimento.

[81] Così KOVAR, *op. cit.*, p. 469

[82] Cfr. Sentenza della Corte nel caso *Centros*, p.to 27.

[83] Cfr. Sentenza, p.to 112.

[84] In senso opposto si veda FRANCQ, *op. cit.*, p.691.

[85] Decisamente in questo senso si veda DAMMANN, WYNAENDTS, NADER, *op. cit.*, p. 575, VIGNAL, *op. cit.*, p. 895.

[86] Il dibattito circa la sopravvivenza della *Sitztheorie*, all'indomani delle decisioni *Centros* e *Überseering*, scontato dirlo, è stato particolarmente acceso soprattutto in Germania, paese che ha sempre fatto applicazione del criterio della sede reale (attraverso l'opera giurisprudenziale senza del resto avere una norma scritta in tal senso – sull'origine della *Sitztheorie* in Germania si veda EBKE, *The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws*, in *The International Lawyer*, 2002, p. 1015, specialmente pp. 101017-1018 e 1021-1023). Per una rappresentazione delle posizioni assunte si veda brevemente KIENINGER, *The Legal Framework of Regulatory competition* cit., pp. 610-612; più estesamente SONNENBERGER, *Einleitung IPR*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2006, Band 10, par. 162 e ss., KINDLER, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2006, Band 11, par. 103 e ss. Anche in Francia la giurisprudenza comunitaria, a partire da *Centros*, ha dato luogo a una certa discussione circa la compatibilità del criterio della sede reale con la libertà di stabilimento. Sul punto, tra gli altri, LAGARDE, *Note* cit., p. 530, MENJUCQ, *Liberté d'établissement et rattachement des sociétés* cit., p. 524, MUIR WATT, *Note* cit., pp. 176-177, PATAUT, *op. cit.*, p. 492, MAYER, HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, 2007, pp. 736-738, AUDIT, *Droit international privé*, Paris, 2008, p. 915. Si vedano, inoltre, decisamente nel senso dell'incompatibilità del teoria della sede reale con la libertà di stabilimento GARCIMARTÍN, *Cross-Border-Listed Companies*, in *RCADI*, 2007, p. 9, in particolare p. 66 e più pacatamente MUNARI, TERRIBILE, *op. cit.*, p. 546.

[87] Sul punto si vedano HEYMANN, *op. cit.*, pp.567-568, MASTRULLO, *op. cit.*, p. 16, MENJUCQ, *Les possibilités de transfert de siège sociale* cit., p. II-10036.

[88] A favore di una concorrenza unicamente sul piano materiale si veda HEYMANN, *op. cit.*, pp. 567-568.

[89] Di questo parere MUIR WATT, *Note* cit., p. 182 e HEYMANN, *op. cit.*, pp. 567-568.

[90] Sul punto si veda VIGNAL, *op. cit.*, p. 902, MÉLIN, *op. cit.*, p. 1212-1213. Così già LAGARDE, *Rapport de synthèse*, in FUCHS, MUIR WATT, PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* cit., p. 283, in particolare p. 288.

[91] *Ut supra* nota n. 40.

[92] Il 23 maggio 2007 il legislatore tedesco ha adottato la legge nota come *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (*MoMiG*), in vigore dal 1 novembre 2008. Essa abolisce il requisito della obbligatoria coincidenza della sede legale e reale per le società costituite nelle forme della *GmbH* e *AktG* e consente il trasferimento dell'amministrazione centrale al di fuori dei confini nazionali senza che ciò determini la perdita dello *status* di società regolata dal diritto tedesco. Cfr. *Bundesgesetzblatt*, 2008, Teil I Nr. 48, 28. Oktober 2008, p. 2026.

[93] In tal senso BEHRENS, *From "Real Seat" to "Legal Seat"* cit., pp. 45 e 54.

[94] Così KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società* , in VENTURINI, BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber *Fausto Pocar*, Milano, 2009, p.549, in particolare p. 551. Per un commento al testo della proposta si veda anche SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte* cit. Come già detto (*ut supra* nota n. 77) lo sforzo ha prodotto un duplice risultato: un testo utile per una futura iniziativa legislativa comunitaria e un testo dedicato invece alla modifica delle norme nazionali tedesche che dovrebbe portare all'introduzione nel *EGBGB* (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) di alcune disposizioni di diritto internazionale privato riguardanti le società. Il progetto di modifica del *EGBGB* sulla scorta della proposta redatta dal *Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*, a cui è seguita anche una proposta di legge ministeriale, sembra tuttavia momentaneamente sospeso.