

UBERSEERING E LO SHOPPING GIURIDICO DOPO CENTROS.

1. IL PENDOLO DELLA SEDE SOCIALE.

Se si può assumere che il diritto societario fornisce un punto particolarmente privilegiato di osservazione del laborioso processo di integrazione comunitaria, la *vexata quaestio* della sede sociale ne rappresenta uno dei nervi scoperti in quanto sottopone a prova diretta ed assai dura uno dei fondamenti dell'Unione, il diritto di stabilimento.

Sta di fatto che, su un tema tanto importante ai fini dell'integrazione del mercato interno quale quello della legislazione applicabile alle società operanti a cavallo delle legislazioni nazionali, l'Europa non è in grado di riconoscersi in un principio giuridico di collegamento internazionalprivatistico comune e condiviso e, anzi, continua da tempo ad essere teatro della 'guerra santa' tra fautori della *Grundungstheorie* (*théorie de l'incorporation, incorporation doctrine*) e difensori della *Sitztheorie* (*théorie du siège, real seat doctrine*)¹: anche se bisogna riconoscere alla giurisprudenza comunitaria il merito di averne notevolmente raffreddato i fuochi.

Si tratta, ovviamente, di una disputa tutt'altro che astratta, che sottende concezioni diverse della libertà di stabilimento e della natura dell'impresa, della mobilità delle società e dei capitali, dello sviluppo e del governo dell'economia transnazionale integrata. La *Grundungstheorie*, come norma di conflitto, identifica nel paese d'incorporazione il diritto che regola la nascita e l'esistenza della società: una volta costituita in un paese aderente a detta dottrina, la società potrà operare liberamente altrove, anche impiantando in altro luogo la sede amministrativa effettiva. Si comprende che un siffatto regime giuridico, consentendo alle società di costituirsi nel paese che offre le condizioni maggiormente favorevoli, stimola una forma di concorrenza anche contro il paese che l'adotta, il quale sopporta il rischio di importazione del diritto di un altro Stato.

¹ Per la vasta produzione dottrina sul tema, conviene rinviare al cospicuo apparato di richiami bibliografici presente in S. MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.* 2000, II, 83, e in F.M. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.* 2000, II, 559.

I paesi, che adottano invece la dottrina della *Sitztheorie*, applicano alla società il diritto dell'ordinamento del paese in cui essa ha la sede amministrativa effettiva, ovvero il centro decisionale, e non considerano validamente costituite le società non conformate alla *lex fori*. Un atteggiamento di ostilità verso fenomeni che sicuramente possono dar luogo a situazioni fittizie (le c.d. società 'boite aux lettres'), ma che risponde essenzialmente ad una perseverante cultura protezionistica: non a caso, è invalso ricalcare l'assonanza per cui "*die Sitztheorie ist eine Schutztheorie*"², una barriera difensiva che inibisce ogni ipotesi di opzione concorrenziale tra i regimi giuridici, corroborando quel principio di territorialità che continua a prevalere in Europa -in aperta controtendenza rispetto agli Stati Uniti ed alle logiche emergenti sui mercati internazionali-, dove lo stesso concetto di *siège réel* risulta sfuggente e impraticabile, in quanto non è utile a chiarire, ad esempio, quale possa essere considerato il *management* della società e che cosa la sede rappresenti³.

Si potrebbe aggiungere che, riletta in un'ottica di *corporate governance*, la contrapposizione tra le due impostazioni dottrinarie finisce per riflettere le diverse concezioni della natura e della struttura degli assetti societari prevalenti nell'Europa continentale e nel mondo angloamericano. Una dicotomia, che nella sostanza attiene al controllo reale della società ed alla priorità degli interessi in essa incorporati e che è stata tipizzata come alternativa tra *insider* e *outsider system*, ovvero tra *stakeholders* e *shareholders model*⁴: il primo -quello europeo- fatto di imprese con un elevato grado di concentrazione proprietaria, scarsa liquidità del mercato dei capitali ed un elevato grado di incroci azionari; il secondo -quello angloamericano- che presenta società ad

² H. WIEDEMANN, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt, 1977, 785, richiamato da A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"*, in *Riv. società* 2001, 1294.

³ Per *management*, difatti, si possono intendere alternativamente le persone che detengono il controllo *de facto* (il gruppo degli azionisti di maggioranza) oppure coloro che gestiscono giorno per giorno la società (*board of directors*); quanto alla localizzazione della sede, si può prendere in considerazione sia il luogo in cui vengono assunte le decisioni riguardanti gli affari societari interni, sia quello in cui le decisioni vengono formalizzate ed eseguite. Si comprende che una tale questione riveste particolare importanza per i gruppi internazionali, i quali sono spesso organizzati centralmente, limitandosi a fornire le direttive che le singole *subsidiaries* nazionali sono chiamate ad eseguire. Si vedano in questo senso K.E. SORENSEN - M. NEVILLE, *Corporate Migration in the European Union: An Analysis of the Proposed 14th EC Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office of a Company from One Member State to Another with a Change of Applicable Law*, 6 *Colum. J. Eur. L.* 181 (2000).

⁴ Si vedano i diversi contributi raccolti in L. RENNEBOOG - J. MCCAHERY - P. MOERLAND - T. RAAUMAKERS (eds.), *Convergence and Diversity of Corporate Governance Regimes and Capital Markets*, Oxford University Press, 2000.

azionariato diffuso, liquidità del mercato dei capitali e un mercato attivo per il controllo societario⁵.

Insomma, quella europea continua a manifestarsi come una geografia giuridica (e non solo) fortemente dissociata. Il criterio di collegamento ispirato alla *Grundungstheorie* è accolto in Danimarca, Olanda, nel Regno Unito, in Irlanda e nei paesi scandinavi. L'opposto criterio della *Sitztheorie* è recepito ed osservato in Germania, Francia, Austria, Grecia. Più flessibili ed ibride appaiono, invece, le norme di conflitto vigenti in Italia, Portogallo, Spagna e Svizzera⁶.

Nei documenti comunitari il criterio adoperato è quello della 'sede reale', riconfermato ancora di recente nello statuto della neonata Società Europea, che fissa la sede sociale nel luogo ove è situata l'amministrazione centrale (art. 7)⁷. Ma il punto di riflessione comunitario sul tema della sede sociale appare meno schematico, più incerto ed interlocutorio di quanto non si creda: lo dimostrano le vicende della XIV direttiva e le raccomandazioni del Rapporto Winter.

Il *draft* della XIV direttiva -presentato dalla Commissione nel 1997 e relativo alla disciplina dei trasferimenti *cross-border* del *registered office* o del *de facto head office* al fine di favorire il trasferimento transfrontaliero delle società- è costruito intorno al principio di continuità, cioè al riconoscimento della legittimità e praticabilità di entrambi gli approcci dottrinari in conflitto, ma forse proprio per questo non ha dato luogo alla formalizzazione di alcuna proposta⁸. Di tutt'altro tono e molto più esplicite le indicazioni contenute nel rapporto conclusivo presentato il 4 novembre 2002 dall'*High Level Group of Company Law Experts*, incaricato dalla Commissione -nel settembre 2001, all'indomani della bocciatura in Parlamento europeo della proposta di XIII direttiva concernente la disciplina dei *takeovers*- del compito di condurre un esame critico approfondito di tutte le questioni aperte del diritto societario comunitario in vista

⁵ M. BERNDT, *Global Differences In Corporate Governance Systems*, Harvard Law School, Discussion Paper n. 303 (2000).

⁶ Ma l'implementazione delle due dottrine è sottoposta ad una serie di adattamenti e, ad una disamina più attenta degli ordinamenti nazionali, la realtà appare meno schematica e più incline ai bilanciamenti ed alle ibridazioni. Un'ampia rassegna comparata della tematica è fornita da S. RAMMELOO, *Corporations in Private International Law*, Oxford 2001.

⁷ Regolamento 2157/2001/CE del Consiglio, 8 ottobre 2001, in GUCE L 294/1 del 10 novembre 2001.

⁸ Cfr. il progetto di XIV direttiva del 22 aprile 1997, Doc. XV/6002/97-EN REV.2 del 20 aprile 1997, in *European Report* n. 2282 del 14 gennaio 1998 e in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* (ZIP) 1997, 1721.

di una sua definitiva modernizzazione⁹. La dicotomia persistente tra *Grundungstheorie* e *Sitztheorie* è giudicata un ostacolo evidente allo sviluppo del diritto societario in ambito comunitario e, rispetto al persistente manicheismo delle norme di collegamento internazionalprivatistiche, viene riaffermata l'esigenza di un'armonizzazione delle discipline nazionali ispirata ad una inequivoca adozione della teoria dell'incorporazione, che è giudicata più coerente con lo spirito del Trattato in quanto consente di sollevare le società migranti dall'obbligo di modificare la *lex societatis*. Senza un'adesione chiara a risolutiva alla teoria dell'incorporazione -questo è il punto di vista di Winter e degli altri esperti-, un'armonizzazione delle discipline nazionali non sarà mai compiutamente perseguibile.

2. IL TESTAMENTO DI *CENTROS*.

Nel dibattito sul tema della sede sociale e della concorrenza regolamentare la sentenza *Centros* è diventata un punto di riferimento tanto imprescindibile quanto controverso¹⁰: per alcuni una pietra miliare¹¹, per altri un mistero ancora inesplicato¹².

Sicuramente singolare (ed anzi stridente) appare il contrasto tra la portata dei principi affermati e la modestia della causa oggetto della pronuncia: ma, com'è

⁹ *Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, disponibile online all'indirizzo http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_en.pdf. Il precedente documento di consultazione *A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts* è disponibile online all'indirizzo http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult_en.pdf.

¹⁰ Corte giust., sentenza 6 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Foro it.*, 2000, IV, 317 con osservazioni di S. FORTUNATO. Nella copiosa bibliografia di commento alla decisione, segnaliamo M. SIEMS, *Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st Century*, in *Eur. Law Rev.*, 27, 1 (2002); P. ROSE, *EU Company Law Convergence Possibilities After Centros*, 11 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 121 (2001); A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti?*, cit.; F. MUNARI - P. TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, Ce.Di.F. Working Paper n. 4/2001; M. LAUTERFELD, *Centros and the EC Regulation on Insolvency Proceedings*, 12 *Europ. Bus. Law Rev.* 79 (March/April 2001); C. CARRARA, *Il caso Centros Ltd. C. Erhvervs - OG Seiskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionalprivatistico della sede effettiva*, in *Dir. fallim.* 2001, 4; S. MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, cit.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, I, 71; S. FORTUNATO, *La libertà di stabilimento delle società in una recente sentenza della Corte di giustizia: il caso Centros*, in *Dir. Unione Europea* 2000, 1; A. DELLA CHA', *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of Justice*, in *Dir. comm. internaz.* 2000, 4.

¹¹ E. WYMEERSCH, *Centros: A Landmark Decision in European Company Law*, in *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, a c. di T. Baums, K.J. Hopt e N. Horn, 2000, 629.

¹² D. ZIMMER, *Mysterium 'Centros'*, 164 *ZHR* 23 (2000); W.F. EBKE, *Centros - Some Realities and Some Mysteries*, 48 *Am. J. Comp. L.* 625 (2000).

accaduto altre volte, è la sentenza a rendere paradigmatica la vicenda¹³. Due i quesiti sui quali la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi: se potesse ritenersi compreso nel diritto di stabilimento a titolo secondario la facoltà di svolgere la propria attività commerciale esclusivamente nel paese di registrazione della succursale; e quali margini di intervento fossero a disposizione dello stato ospitante che volesse tutelarsi dall'esercizio fraudolento delle libertà riconosciute dal diritto comunitario, nel caso una società straniera scegliesse di istituire detta succursale al fine di sottrarsi ad una normativa più esigente rispetto a quella vigente nello Stato di origine.

E', a questo proposito, opportuno puntualizzare la distinzione fra diritto di stabilimento a titolo principale e diritto di stabilimento a titolo secondario: nel primo caso, un soggetto intende svolgere un'attività economica o professionale in uno Stato diverso da quello d'origine nel quale rinuncia ad essere stabilito; nel secondo, il soggetto intende conservare lo stabilimento nello Stato d'origine accanto a quello del nuovo. La differenza si rivela fondamentale per le persone giuridiche, specie per quanto concerne il diritto di stabilimento secondario, che postula un'armonizzazione, se non proprio l'identità, tra i sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri, dovendosi univocamente stabilire se la *lex societatis* sia quella dello Stato ove la società si costituisce, ovvero quella dello Stato in cui viene esercitata l'attività economica.

La risposta della Corte alla prima delle questioni prospettate appariva allineata al tenore testuale dell'art. 48 del Trattato: "il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento"¹⁴. La libera determinazione di esercitare il diritto di stabilimento e di scegliere l'ordinamento in cui incardinare la società è, quindi, un principio fondamentale che non ammette limitazioni, se non nella

¹³ La vicenda riguarda una *private limited company*, registrata in Inghilterra e nel Galles dai coniugi danesi Bryde presso il domicilio di un amico, la quale chiedeva di poter registrare una succursale in Danimarca, allo scopo di esercitare ivi la sua intera attività commerciale, incontrando tuttavia il diniego da parte del competente ufficio del registro danese, che vi intravedeva una classica operazione di *pseudo foreign corporation*, costituita all'estero al solo fine di eludere la disciplina societaria danese sul capitale minimo.

¹⁴ Sentenza 9 marzo 1999, *Centros*, cit., § 27. Chiarissime, in proposito, le affermazioni contenute nelle conclusioni dell'Avv. Gen. La Pergola: "è l'opportunità di iniziativa economica ad essere tutelata, ed insieme con essa la libertà negoziale di giovare degli strumenti a tal fine predisposti negli ordinamenti degli Stati membri. ... I motivi, i calcoli, gli interessi individuali dell'interessato sottostanti a tale scelta non vengono in considerazione nel momento in cui la libertà è esercitata in conformità del Trattato, e non sono pertanto sindacabili" (§ 20).

contestuale presenza di alcune condizioni, quali il carattere non discriminatorio degli eventuali provvedimenti restrittivi, la loro giustificazione rispetto a motivi imperativi di interesse generale, la loro idoneità e commisurazione al conseguimento dello scopo¹⁵.

Quanto alla seconda questione, ferma restando la possibilità, riconosciuta agli Stati membri, di assumere tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, anche a tutela degli interessi dei creditori, la Corte ribadiva che comunque “la lotta alle frodi non può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società che ha sede in un altro Stato membro”¹⁶.

Nella sostanza, la scelta di costituire la società nel Regno Unito è stata giudicata una forma di legittimo esercizio del diritto di stabilimento primario e la sua successiva richiesta di registrare una succursale in Danimarca una forma altrettanto legittima di esercizio del diritto di stabilimento secondario.

La decisione ha immediatamente incoraggiato una duplice chiave di lettura: l’una concentrata sulla piena ed esclusiva riaffermazione del diritto di libertà di stabilimento, senza alcuna connessione con le norme di conflitto autonomamente adottate dai singoli Stati¹⁷; l’altra, invece, orientata a individuarvi una netta delegittimazione della teoria della *Sitztheorie*¹⁸. Secondo la prima linea interpretativa, i criteri di collegamento sono elementi neutri rispetto alla libertà di stabilimento e, difatti, la Corte avrebbe sostanzialmente messo sullo stesso piano la teoria della sede reale e la teoria della sede formale, laddove afferma che “la localizzazione della sede sociale, amministrazione centrale o centro di attività principale delle società serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all’ordinamento giuridico di uno Stato”¹⁹. Nell’ottica del secondo approccio, invece, giudicando illegittimo il diniego opposto dall’ufficio del registro danese, la sentenza avrebbe -sia pure indirettamente- affermato l’incompatibilità del principio della sede reale con la piena osservanza del diritto di stabilimento delle società, posto che soltanto l’adozione

¹⁵ § 34. I precedenti giurisprudenziali richiamati sono la sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, Racc. I-663, punto 32; e la sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, Racc. I-4165, punto 37.

¹⁶ § 38.

¹⁷ E. WYMEERSCH, *Company Law in the 21st Century*, Fin. Law Inst., Working Paper n.14 (1999), secondo il quale la sentenza non dice nulla circa la preferenza della Corte per la dottrina dell’incorporazione o per la teoria della sede, si occupa soltanto della libertà di stabilimento e non si applica, invece, alle aree correlate del diritto societario che investono i cambiamenti nella sede di una società, ossia *takeovers* e concentrazioni.

¹⁸ Ciò spiega la straordinaria attenzione prestata alla sentenza dalla dottrina tedesca: cfr., in questo senso, C. CARRARA, *cit.*, 831 ss.; e A. PERRONE, *cit.*, 1298 ss..

¹⁹ § 20.

da parte degli Stati membri del criterio di collegamento della sede formale può scongiurare le difficoltà e gli inconvenienti emersi nella vicenda.

In verità, il dibattito dottrinario ha trovato fondamento sull'assenza di un pronunciamento esplicito circa la compatibilità dei criteri di collegamento internazionalprivatistici con il diritto comunitario, ma anche sulle oscillazioni e sulle ambiguità della precedente giurisprudenza comunitaria.

Nel caso *Commissione/Francia*, infatti, la Corte di giustizia aveva ritenuto che la Repubblica francese fosse venuta meno agli obblighi contemplati dall'art. 43, in quanto, non avendo concesso alle succursali ed agenzie francesi di società assicuratrici con sede principale in altro Stato membro di fruire del credito fiscale, essa aveva di fatto leso il diritto stabilimento secondario mediante un uso discriminatorio del regime di *avoir fiscal*²⁰. Nel caso *Segers* la Corte aveva affermato che, qualora una società eserciti la propria libertà di stabilimento, gli artt. 43 e 48 impediscono alle autorità dello Stato membro di negare all'amministratore di detta società di fruire dei benefici previdenziali per il solo fatto che la società è stata costituita secondo le leggi del diverso Stato della sede sociale, pur non svolgendovi alcun tipo di attività²¹: anzi, ai sensi dell'art. 48, il fatto che una società possa svolgere la sua attività mediante un'agenzia, una filiale o una succursale operante in altro Stato membro è giudicato del tutto "irrilevante". Nel caso *Daily Mail*, invece, la Corte prendeva atto della disparità delle legislazioni circa il criterio di collegamento imposto alle società ed osservava come "talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio"²²: in assenza di leggi o convenzioni di armonizzazione tra i diversi ordinamenti, gli artt. 43 e 48 "devono essere interpretati nel senso che, nello stato attuale del diritto comunitario, non attribuiscono affatto alla società costituita secondo le leggi di uno Stato membro ed avente nello stesso la sede legale, il diritto di trasferire in un altro Stato membro la sede della direzione"²³.

La dottrina si è comprensibilmente divisa sulla portata di quest'ultima decisione, soprattutto per l'apparente *favor* accordato al criterio di collegamento della *real seat*,

²⁰ Corte giust., sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/83, Racc., 1986, 273.

²¹ Corte giust., sentenza 10 luglio 1986, causa 79/85, in *Foro it.*, 1987, IV, 313.

²² Corte giust., sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Comunità europee*, nn. 358.

²³ § 23-25.

ma è sicuramente significativo che la decisione non venga richiamata in *Centros*, come fosse inconferente.

3. IL CASO *ÜBERSEERING*.

Si tratta di acclarare, a questo punto, in quale senso e misura l'affermazione della piena libertà di stabilimento apra la strada ad una vera e propria concorrenza tra sistemi normativi ("*competition among rules*"), ricalcata sul modello del *market for corporate charters* statunitense²⁴. Non si vuol qui rieditare la perenne disputa sugli effetti della concorrenza nell'offerta di modelli di *governance* societaria, ovvero se il meccanismo di shopping giuridico conduca ad una *race to the top* piuttosto che *to the bottom*, secondo la polarizzazione originata dai contributi di Cary e Romano²⁵. Ci basta segnalare come la sentenza *Überseering* –per usare le parole dell'Avvocato Generale Colomer²⁶- rivesta una particolare rilevanza proprio in quanto rappresenta il primo banco di prova del 'dopo *Centros*', l'occasione per la Corte di giustizia di chiarire la portata dei principi ivi affermati confermando la strada imboccata o procedendo ad una repentina inversione di marcia²⁷.

Alla luce di quanto appena detto, si comprendono bene le ragioni per le quali il dibattito provocato dalla sentenza *Centros* sia risultato particolarmente intenso nei paesi aderenti alla *Sitztheorie*, e in primo luogo in Germania, ove la tutela del patrimonio delle società a responsabilità limitata e, di conseguenza, degli interessi dei terzi creditori viene applicata nella forma più restrittiva. La linea di 'resistenza' della dottrina tedesca agli effetti di *Centros* si è manifestata in distinte gradazioni: a quanti affermano che la Corte ha imposto il superamento o almeno un'inevitabile limitazione della *Sitztheorie*,

²⁴ Il concetto, implicitamente accolto dalla Corte in *Centros* (§ 27), è reso esplicito nelle conclusioni dell'Avv. Gen. La Pergola: "in assenza di armonizzazione ... è la concorrenza tra sistemi normativi ("*competition among rules*") a dover avere libero gioco, anche in materia societaria" (§ 20).

²⁵ In particolare, W. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 *Yale L. J.* 663 (1974); R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, AEI Press 1993. Per una visione completa del dibattito si rinvia all'ampia bibliografia contenuta in R. PARDOLESI - A. PORTOLANO, *All'ombra delle piramidi. Appunti su Opa, governo societario e concorrenza tra ordinamenti*, in *Mercato Concorrenza Regole* 2001, 67. Sulle prospettive europee si segnala anche S. DEAKIN, *Regulatory Competition versus Harmonisation in European Corporate Law*, in *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, a c. di D. Esty e D. Geradin, Oxford 2001.

²⁶ § 1 delle conclusioni.

²⁷ Corte giust., 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*.

si contrappongono quelli che restringono rigorosamente la portata della sentenza al caso deciso in concreto e, dunque, ai soli ordinamenti ispirati alla *Grundungstheorie*.

La sentenza in esame appare, pertanto, significativa anche perché la questione di interpretazione pregiudiziale è sollevata dal *Bundesgerichtshof* (BGH) ed è esplicitamente diretta ad acclarare la conciliabilità degli artt. 43 e 48 del Trattato con il criterio di collegamento della sede effettiva: oggetto del procedimento è il divieto opposto da un ordinamento ad una società validamente costituita in uno Stato membro, che ha la sua sede e esercita la sua attività in territorio comunitario –potendo, quindi, aspirare ad usufruire della libertà di stabilimento–, di far valere i propri diritti dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, nel quale ha fissato la sua sede effettiva.

Nello specifico, la *Überseering BV*, società di diritto dei Paesi Bassi -iscritta nel registro delle imprese di Amsterdam e Haarlem, poi rilevata da soci di nazionalità tedesca-, avendo acquistato a Dusseldorf terreni per svolgervi le sue attività ed avendo affidato taluni lavori ad una impresa tedesca, chiede la riparazione dei vizi constatati nell'esecuzione di detti lavori, ma vede la sua istanza respinta per irricevibilità dall'*Oberlandesgericht* di Dusseldorf. Ne derivano il ricorso dinanzi al BGH e, da parte di quest'ultimo, la proposizione alla Corte di giustizia di due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 43 e 48, in ordine all'esercizio della capacità giuridica e processuale anche al di fuori dell'ordinamento di costituzione della società.

Un'ampia parte della sentenza è dedicata all'analitica illustrazione delle posizioni assunte nel dibattito da parte di diversi Stati membri e della stessa Commissione, intervenuti con osservazioni scritte a presidio delle proprie opzioni dottrinarie, e merita di essere ricapitolata in quanto consente un interessante aggiornamento del quadro della geografia giuridica europea²⁸. In sostanza Germania, Italia e Spagna avallano le posizioni della *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, mentre i Paesi Bassi, il Regno Unito e la Commissione si allineano alle posizioni della *Überseering BV*. Per i primi, le disposizioni relative alla libertà di stabilimento non si oppongono a che la capacità giuridica e processuale di una società regolarmente costituita in uno Stato membro siano valutate in relazione alla normativa di un altro Stato membro nel quale la società abbia trasferito la sede effettiva. Essi basano la loro analisi sul dettato dell'art. 293 del Trattato il quale stabilisce che “gli

²⁸ § 23-51.

Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire ... il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, secondo comma, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese ad un altro ...". E così, a giudizio del governo tedesco la dottrina della sede effettiva è perfettamente compatibile con il diritto comunitario, stante l'assenza di alcuna direttiva in materia di trasferimento di sede e di alcun accordo multilaterale adottato in forza dell'art. 293 del Trattato; per il governo italiano, inoltre, la questione del mantenimento della personalità giuridica in seguito al trasferimento della sede di una società non è risolta dalle disposizioni relative alla libertà di stabilimento, così come riconosciuto dalla sentenza *Daily Mail*, e i criteri destinati a dimostrare l'identità delle società appartengono alla competenza degli ordinamenti giuridici nazionali.

Di diverso avviso i governi dei Paesi Bassi e del Regno Unito nonché la Commissione, i quali osservano che non vale richiamarsi né all'art. 293 -in una materia nella quale ha assunto rilevanza determinante la giurisprudenza pertinente della Corte-, né al precedente *Daily Mail*, che non riguarda il riconoscimento di una società costituita in forza del diritto di uno Stato membro da parte di un altro Stato membro, bensì soltanto il diritto dello Stato membro di fissare le norme in materia di costituzione e di esistenza giuridica delle società in esso costituite: l'antecedente giurisprudenziale del caso in esame è, invece, con ogni evidenza la sentenza *Centros*, che interviene appunto nel trattamento applicato, da parte dello Stato membro ospitante, ad una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro.

La linea argomentativa della Corte si colloca nel solco di un'ulteriore esplicitazione della dottrina *Centros*, un coerente "completamento", come suggerisce l'Avvocato Generale Colomer. Le disposizioni comunitarie relative alla libertà di stabilimento si applicano a tutti gli ordinamenti nazionali, in qualche modo sovrastandoli: "allorché una società, validamente costituita in un primo Stato membro dove ha la sua sede sociale, è considerata, in forza del diritto di un secondo Stato membro, come se avesse trasferito la sua sede effettiva in tale Stato in seguito alla cessione di tutte le sue quote sociali a cittadini di detto Stato che vi risiedono, le norme che il secondo Stato applica a questa società non sfuggono, allo stato attuale del diritto

comunitario, al campo di applicazione delle disposizioni comunitarie relative alla libertà di stabilimento”²⁹.

L’art. 293 del Trattato non costituisce né una riserva di competenza legislativa nelle mani degli Stati membri, né un elemento condizionante della libertà di stabilimento: il fatto che nessuna convenzione per il reciproco riconoscimento delle società sia stata ancora adottata non comporta assolutamente che la piena efficacia degli artt. 43 e 48 del Trattato possa risultarne menomata³⁰. Le società hanno il diritto di svolgere le loro attività in uno Stato membro diverso da quella della loro costituzione, essendo i dati di localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale, utili soltanto a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all’ordinamento giuridico di uno Stato membro. Il significato della sentenza *Centros* è questo³¹. La chiarezza e la perentorietà di un tale assunto equivalgono a polverizzare letteralmente tutta la densità di un dibattito dottrinario inesausto quanto improduttivo.

Non è corretto né fondato dedurre dalla sentenza *Daily Mail* un implicito riconoscimento agli Stati membri della facoltà di subordinare al rispetto del loro diritto societario nazionale l’esercizio effettivo, nel loro territorio, della libertà di stabilimento da parte di società validamente costituite in altri Stati membri³²: a differenza della decisione in epigrafe, la causa che ha dato luogo alla sentenza *Daily Mail* non riguardava il trattamento applicato da uno Stato membro ad una società, validamente costituita in un altro Stato membro, che esercita la sua libertà di stabilimento nel primo Stato membro³³.

Certo, “non si può escludere che ragioni imperative di interesse generale quali la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori o ancora del fisco possano, in talune circostanze, e rispettando talune condizioni, giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento”³⁴; ma la negazione ad una società olandese della capacità

²⁹ § 52.

³⁰ § 54 e 60.

³¹ § 57 e 58.

³² § 72-73.

³³ § 62 e 66.

³⁴ § 92. Secondo la sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, cit., i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.

giuridica e processuale in territorio tedesco e la pretesa di una sua ricostituzione secondo il codice civile germanico equivalgono “alla negazione stessa della libertà di stabilimento”³⁵.

Che la Corte dovesse confermare un giudizio nettamente negativo in ordine alla compatibilità comunitaria della legge tedesca era prevedibile, così come era ipotizzabile che essa non potesse spingersi a stabilire quale tipo di normativa sia idoneo a regolare e garantire la capacità giuridica delle società, dirimendo in qualche modo questioni sulle quali il Trattato non ha espresso alcuna preferenza. Ma l’esigenza di liberare il campo da una disputa dottrinaia paralizzante è diventata uno dei temi dominanti del dibattito post-*Centros* e, in questo senso, è significativo rilevare come per i giudici comunitari il ragionamento della citata sentenza sia di “una piacevole semplicità”³⁶.

GIUSEPPE COLANGELO

³⁵ § 81; “ un vero e proprio spoglio del capitale giuridico di una società validamente costituita”, secondo l’Avv. Gen. Colomer (§ 57).

³⁶ § 34 delle conclusioni.