

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2013/ 2014

TESI IN Diritto Commerciale 2

IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE ALL'ESTERO,
DALL'ANALISI DELLA DISCIPLINA GIURIDICA AL CASO

FIAT-CHRYSLER

RELATORE: Prof. Luca Enriques

CANDIDATO: Irene Cocchi

MATR. 101533

CORRELATORE: Prof. Gian Domenico Mosco

IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE ALL'ESTERO,

Dall'analisi della disciplina giuridica al caso Fiat-Chrysler

INDICE

Introduzione.....1

Capitolo I

IL CONCETTO DI SEDE, I CRITERI DI COLLEGAMENTO INTERNAZIONALE PRIVATO E L'ARBITRAGGIO NORMATIVO

| | |
|---|----|
| 1.1 Premesse | 7 |
| 1.2 La definizione di “sede sociale”: sede statutaria e amministrativa..... | 9 |
| 1.3 Altre definizioni legate al concetto di sede | 12 |
| 1.4 Le funzioni attribuite alla sede sociale..... | 13 |
| 1.5 “Teoria dell’incorporazione” e “teoria della sede reale” | 15 |
| 1.6 Competizione tra ordinamenti : Europa vs. Stati Uniti..... | 18 |
| 1.7 Il “Mercato delle regole” | 21 |
| 1.8 Un esempio di “offerta di diritto”: l’Olanda nel caso FIAT..... | 24 |
| 1.9 La Società Europea come strumento di mobilità transnazionale..... | 26 |

Capitolo II

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE

| | |
|---|----|
| 2.1 Introduzione | 30 |
| 2.2 La libertà di stabilimento secondo il diritto dell'Unione..... | 34 |
| 2.3 La Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea | 37 |
| 2.4 Ultime considerazioni sulla Giurisprudenza della Corte di Giustizia... | 51 |
| 2.5 La disciplina delle fusioni transfrontaliere. Premesse | 52 |
| 2.6 Il lungo iter per l'adozione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali..... | 55 |
| 2.7 I tratti distintivi della disciplina | 57 |
| 2.8 La procedura di fusione..... | 60 |
| 2.9 Il trasferimento di sede nell'ordinamento italiano | 64 |
| 2.10 Ricostruzione della procedura di “trasformazione internazionale” | 77 |

Capitolo III

IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE NEL CASO FIAT-CHRYSLER

| | |
|--|-----|
| 3.1 Premesse..... | 94 |
| 3.2 I primi passi verso l'integrazione: l'alleanza strategica..... | 95 |
| 3.3 Il progressivo aumento della partecipazione di Fiat in Chrysler | 99 |
| 3.4 La nascita di FCA e il trasferimento della sede | 103 |
| 3.5 Il precedente di Cnh Industrial e l'analisi della documentazione ufficiale relativa alla fusione | 110 |

| | |
|-------------------|-----|
| Conclusioni..... | 124 |
| Bibliografia..... | 128 |

Introduzione

Il presente elaborato ha per oggetto la mobilità giuridica degli enti privati con particolare attenzione allo strumento del trasferimento della sede di una società all'estero. Il tema è divenuto di grande attualità entro i confini dell'Unione Europea soprattutto in seguito alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia europea la quale, cercando di rispondere alle esigenze delle imprese, ha esteso l'ambito di applicazione della libertà di stabilimento a nuove e diverse ipotesi. La riflessione sull'argomento ha avuto inizio proprio dalla lettura e dall'analisi delle principali sentenze della CGE in materia. Tali decisioni possono costituire un utile punto di partenza per la delimitazione dei confini giuridici dell'argomento trattato. La questione della mobilità degli enti privati infatti si presenta alquanto articolata, coinvolgendo istituti di diritto societario (comunitario e nazionale), di diritto europeo e internazionale –privato.

Nel lavoro si è cercato di delineare, senza pretesa di esaustività, un quadro d'insieme relativo agli aspetti più significativi del trasferimento della sede sociale in un ordinamento diverso da quello d'origine, con un focus particolare sulle implicazioni prodotte sia a livello di riflessione teorica che di applicazione pratica della fattispecie. Nel fare questo è stato fondamentale lo studio e l'approfondimento dello stimolante dibattito dottrinale sviluppato nel corso degli anni sull'argomento. Allo stesso tempo sono state analizzate recenti scelte di organizzazione societaria riguardanti gruppi multinazionali che hanno deciso di localizzare all'estero la propria sede.

Il metodo utilizzato ha consentito quindi di sviluppare il tema su due piani differenti: inizialmente si è tentato di ricostruire la disciplina degli strumenti giuridici che consentono la mobilità delle imprese (trasferimento della sede, fusioni transfrontaliere, costituzione di una Società europea). Il primo capitolo dell'elaborato e parte del successivo sono infatti dedicati alla presentazione della normativa, della giurisprudenza e della dottrina relative alle fattispecie considerate. In particolare si è ricercato, mediante un'indagine storica, il percorso seguito per l'elaborazione di ciascuna fonte di riferimento ponendo l'accento sui risultati attesi, quelli raggiunti e sugli obiettivi futuri. In secondo luogo sono state approfondite le ragioni sottese alla decisione degli agenti economici di trasferire altrove la propria sede. Attraverso lo studio di recenti casi è stato possibile riscontrare l'applicazione nella pratica della disciplina giuridica relativa al tema trattato. Il terzo capitolo del lavoro descrive infatti le vicende riguardanti il trasferimento della sede legale e fiscale di uno dei maggiori gruppi societari italiani, la Fiat S.p.A. nell'ambito della procedura di incorporazione con Chrysler Group.

Più dettagliatamente, le prime pagine dell'elaborato introducono la questione partendo dalla definizione del concetto di sede, termine articolato e che non presenta un'univoca accezione. In particolare si è concentrata l'attenzione sulla funzione svolta dalla sede quale criterio di collegamento al fine dell'individuazione della legge applicabile a società ed enti. A tal proposito è stata approfondita la contrapposizione tra la "teoria della sede reale" e la "teoria dell'incorporazione", tema di diritto internazionale -privato che ha sempre esercitato una significativa influenza in materia di mobilità degli enti giuridici.

E' stata contestualmente presa in considerazione la specificità del legame creato da una società, mediante la localizzazione della propria sede, con un dato ambito spaziale. L'ente giuridico infatti, quale creazione dell'ordinamento di appartenenza, finisce con l'identificarsi con la legge societaria che lo regola. Per questo motivo innanzitutto ci si è chiesti se sia ammissibile il cambiamento di *lex societatis* in un diverso paese di destinazione senza lo scioglimento e liquidazione della società nello stato di origine.

Allo stesso modo se si ammette la possibilità per le società di scegliere con discrezionalità la legge regolatrice da applicare si determinano conseguenze nel rapporto tra i vari ordinamenti. E' stato necessario quindi analizzare il diffondersi del fenomeno della *regulatory competition* entro i confini dell'Unione Europea in una prospettiva di comparazione con il contesto statunitense.

Il secondo capitolo è dedicato ad una precisa analisi della disciplina dettata in materia di trasferimento di sede. Uno degli aspetti più significativi è l'evidente lacuna lasciata dal legislatore sia europeo che nazionale al riguardo. In ambito comunitario il progetto di quattordicesima direttiva in tema di "trasformazioni internazionali" non ha mai visto la luce a causa delle resistenze dei vari Stati membri. Allo stesso modo le disposizioni normative italiane risultano confuse e non adatte a regolamentare in maniera esaustiva la procedura da seguire in caso di spostamento della sede sociale di un ente. In un tale contesto è molto importante il contributo giurisprudenziale della Corte di Giustizia europea la quale ha introdotto significative novità nell'interpretazione delle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea relative alla libertà di stabilimento. Sono state quindi analizzate le decisioni che dalla metà degli

anni ottanta ad oggi hanno rappresentato i più significativi passaggi nelle posizioni assunte dalla CGE (i casi *Segers*, *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Sevic*, *Cartesio*).

Prendendo poi le mosse dalla citata sentenza *Sevic*, nella quale la Corte si è pronunciata relativamente ad una fusione transnazionale, la riflessione si è concentrata su tale operazione. Si è voluto soprattutto sottolineare la vicinanza esistente tra la manovra di trasferimento della sede sociale all'estero e quella di fusione transfrontaliera dal momento che gli effetti prodotti sono i medesimi: cambiamento della legge societaria applicabile e incorporazione in uno Stato diverso rispetto a quello di origine. E' risultata utile l'analisi della disciplina dettata dalla direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali e del decreto legislativo di attuazione n.108 del 2008. Attraverso un approccio funzionalistico si è concentrata l'attenzione sugli strumenti posti a tutela delle categorie di soggetti i cui interessi potevano essere lesi in occasione di un'operazione del genere, quali soci di minoranza, creditori, lavoratori dipendenti.

La riflessione è stata significativa soprattutto nella prospettiva di un confronto con la normativa dettata in tema di trasferimento della sede sociale. Come già evidenziato, risultando le due procedure in esame molto simili dal punto di vista degli effetti prodotti, è sembrata ancora più grave la asimmetria esistente tra gli strumenti legislativi a disposizione dell'interprete. In attesa di un auspicato intervento del legislatore europeo in materia di trasferimento transnazionale della sede sociale, l'analisi è stata completata ricorrendo al contributo elaborato in dottrina. Alcuni commentatori infatti hanno cercato di ricostruire, sulla base delle disposizioni attualmente esistenti, la procedura da seguire in caso di

delibera di spostamento della sede con conseguente cambiamento della legge societaria di riferimento. L'idea si fonda sull'applicazione analogica ed estensiva delle norme dettate per istituti molto vicini a quello trattato quali le fusioni transfrontaliere o la costituzione e diversa localizzazione di Società Europea. In questo modo si ritiene che, anche in assenza di espresse previsioni di legge, sia compito dell'interprete individuare le regole più adatte alla protezione degli interessi coinvolti.

L'elaborato si conclude, come anticipato, con l'approfondimento dell'operazione di fusione transfrontaliera della società automobilistica italiana Fiat S.p.A. con il gruppo Chrysler. Il 29 gennaio scorso è stato infatti annunciato il completamento della procedura di incorporazione con la nascita del nuovo soggetto di diritto Fiat-Chrysler Automobiles (FCA). Significativa è stata la previsione di localizzare la sede legale della nuova holding in Olanda e di quella fiscale nel Regno Unito. Nella nostra analisi sono state ripercorsi i vari passaggi che, a partire dal 2009, hanno visto la Fiat aumentare progressivamente la sua partecipazione in Chrysler fino a ottenerne il pieno controllo, avvalendoci principalmente dei comunicati stampa messi a disposizione sui siti Internet delle società coinvolte. Successivamente sono state indagate le ragioni e le conseguenze derivanti dalla scelta di localizzazione in ordinamenti differenti. L'operazione Fiat-Chrysler non è attualmente ancora stata completata nei dettagli. Per questo motivo il lavoro è stato integrato attraverso lo studio della procedura di fusione transnazionale di Fiat Industrial e Cnh, vicenda che per molti aspetti ha fatto da apripista al caso considerato.

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI SEDE, I CRITERI DI COLLEGAMENTO DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E L'ARBITRAGGIO NORMATIVO.

1.1 Premesse

Il trasferimento della sede all'estero è un tema che è sempre stato oggetto di interesse e di dibattito da parte dei commentatori, i quali hanno spesso espresso opinioni dissenzienti tra loro sulle questioni legate all'argomento in esame.

In primo luogo possiamo notare come sia la stessa definizione del concetto di <<sede>> a non presentarsi come univoca ma anzi ambigua, potendo assumere (e, di fatto, avendo assunto nei vari ordinamenti giuridici) significati differenti.¹

Inoltre l'istituto della sede sociale si trova a svolgere varie funzioni e per tale motivo è richiamato in molteplici disposizioni di legge con una diversa accezione. Ciò contribuisce a rendere lo spostamento della sua localizzazione un fenomeno disomogeneo, secondo la funzione alla quale, di volta in volta, si attribuisce maggiore rilevanza.

Un ulteriore fattore da considerare è rappresentato dal fatto che il trasferimento della sede di una società dal territorio di uno Stato a quello di un altro, per definizione, è una fattispecie implicante di per sé elementi di estraneità poiché coinvolge più ordinamenti giuridici (almeno due, lo Stato

1

In questi termini M. V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle società*, 2010 fasc.6 pag. 1251; V. M.PORZIO, *La sede dell'impresa*, Napoli, 1970, 47 ss; S.BOULIN, *La siège social*, tesi discussa alla Univ. Paris II, Paris 1985; A. DICEY, J. MORRIS, L. COLLINS, *The Conflict of Laws*, London, 2006, 1335 ss; K.Heider,in W. GOETTE, M. HABERSACK, *Munchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Munchen, 2008, 205 ss; B. SAINTOURANS, *Siège social*, in *Répertoire des droit des sociétés Dalloz*, Paris, marzo 2009.

“di partenza” e quello “di destinazione”) e di conseguenza pone il problema di un loro coordinamento a livello internazionalprivatistico.²

Prima di soffermarci sui vari significati che il termine sede può assumere, è opportuna una precisazione: il concetto in esame comporta un certo collegamento che un soggetto instaura con un dato ambito spaziale.

Con riferimento alle società commerciali dobbiamo considerare la loro natura di sistemi di norme, le quali derogando al diritto comune, definiscono i rapporti che l'ente intrattiene sia al proprio interno sia all'esterno per perseguire obiettivi e finalità.

È chiaro che le società sono la creazione di un determinato ordinamento giuridico le quali finiscono per identificarsi con la relativa *lex societatis* ovvero con la disciplina speciale predisposta dall'ordinamento d'incorporazione. Considerati gli enti come modelli organizzativi la rilevanza della localizzazione della sede si tradurrà nel rilievo riconosciuto dalla stessa *lex societatis*, o dalle leggi di altri ordinamenti con cui la società si pone in contatto, alla presenza in un dato ambito spaziale dei suoi soci, organi, uffici di rappresentanza, dei suoi creditori.³

Per questo motivo spesso il nocciolo della questione concernente il trasferimento si sintetizza nei seguenti interrogativi: può una società spostare all'estero la propria sede statutaria, la sede amministrativa o altro criterio di localizzazione scelto dalla *lex societatis*? E, soprattutto, può una

2 M.V.BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit. Pag.1152.

3 *Ibidem*, pag.1253-1254.

società mutare la *lex societatis*, senza doversi liquidare nel paese d'origine e poi ricostituirsi nel paese di destinazione?⁴

1.2 La definizione di “sede sociale”: sede statutaria e amministrativa

Il diritto positivo individua varie nozioni di sede. In particolare: la *sede statutaria* è il luogo che viene indicato come sede della società nell'atto costitutivo, nello statuto o in altri atti prescritti per la costituzione dell'ente. E' rilevante di solito al fine dell'individuazione del soggetto competente per l'esecuzione dei depositi e delle altre formalità richieste nel procedimento di formazione.⁵

Si deve aggiungere comunque che in riferimento ad alcuni tipi societari la *lex societatis* non ne richiede l'individuazione come requisito essenziale per costituire l'ente, ma piuttosto come un onere per godere di determinati particolari regimi, soprattutto in riferimento alla limitazione della responsabilità dei soci.

4 F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi* in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* 2010, Giuffrè Editore, pag. 50.

5 Seguendo questa impostazione, contrariamente da quanto ritenuto da altri autori (A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973, 140 ss; G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, in *Trattato di diritto internazionale* diretto da G. BALLADORE PALLIERI, G. MORELLI, R. QUADRI, Sez.II, Vol VI, Tomo I, Padova, 1964, 359) - l'articolo 2330 comma I c.c. pone solamente una norma di competenza territoriale, al fine di ripartire i poteri tra i diversi uffici del registro delle imprese e dell'ordine giudiziario, dando per scontato che sia risolta a favore del diritto interno la questione di natura internazionale-privatistica di quale debba essere la legge regolatrice della società che compie le formalità pubblicitarie.

Si deve notare che, a livello teorico, il paese in cui è localizzata la sede statutaria non necessariamente deve essere coincidente con lo Stato in cui opera il competente Registro delle imprese o con quello la cui *lex societatis* ne detta la disciplina.⁶

La *sede amministrativa* è il luogo, indicato dalla *lex societatis*, in cui si riuniscono gli organi cui sono affidate competenze gestorie, dove prendono vita e si sviluppano i processi decisionali che consentono alla società di esprimere la propria volontà. Si tratta quindi di un concetto di carattere giuridico, non di un'indicazione di mero fatto, anche se negli ultimi anni lo sviluppo delle tecnologie ha svuotato di significato la nozione di sede amministrativa rendendo possibile lo svolgersi di assemblee e consigli di amministrazione anche a distanza e in via telematica, per il tramite ad esempio di videoconferenze. Questo rende necessario talvolta ricorrere a una finzione, andando a individuare il luogo in cui si tiene l'adunanza con quello di sua convocazione o quello in cui si trovi il suo presidente o segretario.⁷

Proviamo a soffermarci ed approfondire il rapporto esistente tra queste due nozioni di sede. In particolare, la questione si focalizza sul grado di libertà che i diversi ordinamenti lasciano ai soci nell'indicazione della stessa all'interno dello statuto e sull'esistenza o meno di un qualche "principio di effettività", in base al quale vi debba essere necessariamente una coincidenza tra sede statutaria e amministrativa. Di solito tale distinzione segue la linea di demarcazione tracciata, da un punto di vista di

6 M.V.BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., pag.1254-1255.

7 *Ibidem* pag. 1255.

diritto internazionale privato, dalla scelta dei vari paesi di aderire alla “teoria dell’incorporazione”, che lascia molto liberi i soci nell’individuazione della sede dell’amministrazione rispetto all’indicazione data nello statuto, o alla “teoria della sede reale” secondo la quale è richiesta la corrispondenza tra la prima e la seconda.⁸

In riferimento all’Italia parte rilevante della dottrina e della giurisprudenza⁹ ritiene necessaria tale coincidenza, e di conseguenza la determinazione della sede statutaria avverrebbe in maniera automatica in dipendenza del luogo in cui è localizzato il centro direzionale o amministrativo della società stessa. In caso di trasferimento di sede, per chi segue questa impostazione, non sarebbe sufficiente una semplice delibera, ma uno spostamento “fisico” del punto in cui si concentrano le funzioni gestorie, in mancanza del quale il solo mutamento statutario si rivelerebbe lettera morta.

Questo orientamento non convince da un punto di vista argomentativo e non può essere totalmente condiviso. Il diritto italiano, infatti, non sembra prevedere e prescrivere alcun “principio di effettività” secondo il quale la sede statutaria e l’ufficio del registro competente siano collocati nel luogo dell’amministrazione come condizione della validità o

⁸ F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pag. 141.

⁹ ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, 1936,67; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol.2, Le società commerciali, Milano, 1929, 527 ss.; DE MARCO, *La identificazione della sede sociale e i suoi effetti sostanziali e processuali*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1952, II, 280, FRE’, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scajola-Branca, Bologna-Roma, 1961, 51 ss.; WEILLER, *Indipendenza della nozione giuridica del sede della società da quella dell’indirizzo*, in *Riv. not.*, 1662, 924; FERRI, *Delle società*, art. 2247-2324, in *Commentario del codice civile* a cura di Scajola-Branca, Bologna-Roma, 1981, 385; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 179; RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese*, in *Il codice civile .Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 2002, 322; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol.2, Torino, 2006, 162.

regolarità dell'iscrizione stessa. Le società commerciali sono tenute a iscriversi nel registro delle imprese a prescindere dall'inizio della loro attività e dunque dall'effettività della sede prevista nello statuto. Inoltre l'eventuale discostarsi tra le sedi non costituisce una causa di nullità o scioglimento e non si richiede la cancellazione dal registro come nel caso di erronea iscrizione.¹⁰

Non è in discussione in ogni modo la necessità di una qualche presenza "fisica" della società presso la sede sociale statutaria per rendere possibili determinate attività e l'esercizio di taluni diritti dei soci quali il deposito e l'accesso a documenti e informazioni, importanti per il corretto funzionamento dell'ente stesso.¹¹

1.3 Altre definizioni legate al concetto di sede

Talvolta si utilizza l'espressione *sede reale* quale sinonimo di quella amministrativa. In realtà i due concetti non sono coincidenti poiché la prima identifica il luogo in cui, di fatto, sono assunti i provvedimenti rilevanti per la vita della società nel caso in cui non ci sia corrispondenza rispetto al centro per le riunioni degli organi sociali individuato dalla *lex societatis*.

¹⁰ In questi termini PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, pag.646; ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, pag.222; IBBA, *La cancellazione d'ufficio*, in *Il registro delle imprese*, a cura di Marasà-Ibba, Utet, 1997, pag.198; RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese in Il codice civile*. Commentario, a cura di Schlesinger, Milano, 2002, pag.118.

¹¹ F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pag.144-145.

Ancora diverso il concetto di *centro principale degli affari* o *oggetto principale* della società, il quale richiama il posto in cui l'ente intrattiene maggiormente i rapporti con i terzi nell'esercizio della propria attività d'impresa, quale espressione del realizzarsi della volontà formatasi in sede amministrativa.

Assume poi un rilievo importante anche la nozione di *centro degli interessi principali del debitore* (o COMI dall'acronimo inglese). Questa viene richiamata dal Regolamento del Consiglio 1346/2000 sulle insolvenze transfrontaliere senza che però ne sia data un'espressa e chiara definizione. Di conseguenza non si tratta di un concetto univoco, la stessa Corte di Giustizia in alcune pronunce ha rilevato come il COMI debba essere considerato una nozione autonoma, da individuare nel luogo, riconoscibile dai terzi, in cui il debitore amministra i propri interessi in modo regolare. Risulta in ogni caso arduo definire quali siano gli interessi <<rilevanti>> secondo la disciplina delle insolvenze e quali tra questi debbano considerarsi come <<principali>>. ¹²

1.4 Le funzioni attribuite alla sede sociale

La sede sociale può essere determinante quale *criterio di giurisdizione*, consentendo l'esercizio della potestà giurisdizionale di un certo Stato. Ritroviamo riscontro di ciò in alcuni dati normativi, primo tra tutti il regolamento del Consiglio 22 dicembre 2000 n. 44/2001, <<Regolamento Brussels I>>. In Particolare, dopo aver precisato la regola del foro generale del domicilio del convenuto, con riferimento alle società,

12 M. V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., pag.1256.

si specifica che vadano considerate domiciliate nel luogo della loro sede statutaria o amministrativa o del centro di attività principale.

Anche nelle norme di diritto comune italiano rinveniamo un tale riferimento. L'articolo 3 della legge n.218 del 1995, in base al quale la giurisdizione nazionale sussiste qualora il convenuto sia domiciliato o residente nel nostro Paese o vi abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio, deve essere letto in combinato all'articolo 46 del codice civile, per cui, laddove la legge faccia discendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è localizzata la sede. Si aggiunga che l'articolo 19 del codice di procedura civile individua il foro generale delle persone giuridiche nel luogo in cui hanno la sede, uno stabilimento o un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda.¹³

Inoltre la sede considerata quale centro degli interessi principali del debitore, come abbiamo già notato, è utilizzata dalla disciplina comunitaria sulle insolvenze transfrontaliere per l'individuazione dello Stato membro competente riguardo all'apertura delle *procedure principali*.

Le legislazioni attribuiscono poi alla sede un'ulteriore funzione quale *criterio di domiciliazione* dell'ente per l'applicazione di norme di diritto privato come ad esempio l'articolo 1182 del codice civile in riferimento al domicilio del debitore per l'adempimento delle obbligazioni, da leggere ,con riguardo alle persone giuridiche, alla luce del già citato articolo 46 del codice civile stesso.

Se consideriamo invece il contesto dell'integrazione europea, la sede sociale assume il ruolo di *criterio di applicabilità*, ovvero limite e

¹³ *Ibidem*, pag.1259-1261.

condizione per la sottoposizione di una fattispecie alla disciplina comunitaria. In questo modo deve essere interpretata la norma contenuta nell'articolo 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, la quale limita il riconoscimento del beneficio della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi a società commerciali che presentino il requisito della valida costituzione secondo la disciplina di uno Stato membro e del collegamento al territorio comunitario per il fatto di avervi localizzato “la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale”.¹⁴

Dobbiamo poi sottolineare, per ciò che più interessa la nostra trattazione, che tradizionalmente i sistemi di diritto internazionale privato facciano ricorso alla sede delle società commerciali quale *criterio di collegamento*, cioè quale elemento rilevante al fine dell'individuazione del diritto applicabile all'istituto societario. Vengono dunque a contrapporsi le due teorie (citate precedentemente in riferimento alla possibile esistenza di un “principio di effettività”) della “*incorporazione*” e della “*sede reale*”, sulla base della maggiore rilevanza riconosciuta alla sede statutaria o a quella amministrativa.¹⁵

1.5 “Teoria dell'incorporazione” e “teoria della sede reale”

In sintesi, con riferimento al criterio di collegamento scelto in via principale per individuare la legge applicabile a società ed enti, si è soliti

¹⁴ *Ibidem*, pag.1262-1263.

¹⁵ *Ibidem*, pag.1258-1259.

affermare che secondo la “teoria dell’incorporazione” (Gründungstheorie) la disciplina è dettata dal paese di costituzione, mentre in base alla “teoria della sede reale” (Sitztheorie) ciò che rileva è la legge del luogo in cui si situa la sede amministrativa o la direzione.

Cercando di approfondire il tema è utile riflettere sul fatto che tale tradizionale distinzione dottrinale tra le due contrapposte teorie rappresenta un tentativo di classificazione degli ordinamenti in “famiglie”, in base alle loro affinità. Le scelte dei vari ordinamenti di aderire all’uno o all’altro orientamento assumono dunque un significato soprattutto in una prospettiva storica e gius-politica.¹⁶

La “teoria dell’incorporazione”, per esempio, era seguita dalle corti inglesi a partire dal XVIII secolo ed era funzionale al ruolo dell’Inghilterra quale “esportatrice di diritto” per il tramite dei possedimenti coloniali. Per questo motivo il sistema britannico non temeva l’ingresso di società estere sul territorio o il diffondersi di nuovi valori e norme giuridiche, anche perché la disciplina nazionale sulle *private company* si presentava nella completa disponibilità delle parti le quali potevano predisporre l’atto costitutivo come meglio credevano.¹⁷

Al contrario la “teoria della sede reale” si è radicata soprattutto nei paesi dell’Europa continentale, maggiormente interessati a proteggere l’identità del proprio sistema giuridico nazionale dalla penetrazione di valori stranieri, piuttosto che alla diffusione del diritto in altri contesti geografici.¹⁸ Si può quindi giustificare l’attitudine del Continente a

16 F. M. MUCCIARELLI, *Sul trasferimento della sede sociale, cit.*, pag.49.

17 RAMMELOO, *Corporations in private International law*, Oxford, 2001, pag. 128 ss.

18 *Ibidem*, pag.11 ss.

connettere l'applicazione della disciplina societaria a un criterio "reale" e fisico che limitasse la discrezionalità nella scelta dei soci.

Questi risultano dunque essere i presupposti e le basi per la spiegazione del differente approccio offerto dalle due teorie: la "teoria della sede reale" esprime l'esigenza di una corrispondenza oggettiva tra norma giuridica e fattispecie della realtà alla quale viene applicata. La società deve essere regolata dalla legge del paese che si presenta come più vicino rispetto alla vita e all'attività condotta dall'ente stesso.

Al contrario la "teoria dell'incorporazione", considera lo spazio solamente come un criterio di applicazione della norma e dunque lascia liberi i soci di scegliere al momento della costituzione la legge del paese che preferiscono, senza alcun vincolo dato dal luogo di svolgimento delle attività societarie¹⁹.

Dobbiamo precisare in ogni caso che tale classificazione è frutto di una semplificazione e non descrive in maniera precisa ogni sfumatura e varietà del diritto positivo. Nella realtà, infatti, molti ordinamenti adottano un criterio che possiamo definire "misto", che combina i due appena illustrati.

Da quanto analizzato discende in ogni modo che dall'adozione dell'uno o dell'altro principio deriva un differente approccio degli Stati alle problematiche sollevate dal tema del trasferimento all'estero della società. Infatti, per gli ordinamenti che seguono la "Gründungstheorie" lo spostamento della sede non costituisce un problema dal punto di vista

19 F. M. MUCCIARELLI, *Sul trasferimento della sede sociale*, cit., pag. 49-50.

propriamente giuridico. Le società sono considerate assolutamente libere di trasferirsi in un altro ordinamento senza passare dalla liquidazione e dallo scioglimento. Il fenomeno viene trattato alla stregua di una semplice modifica statutaria. La società che decide di cambiare la propria localizzazione rimane in ogni caso sempre soggetta alla legge e alla giurisdizione dello stato di origine e ciò avviene anche quando l'ente operi e porti avanti la sua attività in maniera esclusiva sul territorio di un Paese straniero.²⁰

Completamente diversa la situazione negli ordinamenti che seguono la "Sitztheorie", dove il trasferimento dovrebbe considerarsi anche fattispecie estintiva in quanto si presuppone che la società non possa prescindere da un collegamento effettivo con il suo territorio. L'ente "emigrato" in un paese estero andrebbe quindi a ricostituirsi secondo il diritto dello Stato di destinazione. Per quanto riguarda invece il riconoscimento di società straniere, questo potrebbe sia essere negato con necessità di ricostituire *ex novo*, oppure consentito, subordinandolo magari all'adempimento di determinati obblighi o all'adattamento alle norme ivi operanti.²¹

Da questa ricostruzione sembrerebbe che le sorti di una società trasferita all'estero dipenda dalla combinazione dei criteri di collegamento adottati dagli Stati "di partenza" e "di arrivo" coinvolti. In realtà, come abbiamo già accennato, le due teorie difficilmente si realizzano in maniera pura giacché i diversi Stati le temperano con eccezioni e particolarità tali da

²⁰ A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e Impresa*, n.3/2006 pag. 759-760.

²¹ *Ibidem*, pag. 759.

rendere inutili tentativi di rigido inquadramento delle varie combinazioni possibili.²²

1.6 Competizione tra ordinamenti: Europa vs. Stati Uniti

Se si ammette la possibilità per le società di godere di una certa discrezionalità nella scelta della legge da applicare, ciò produce conseguenze nel rapporto tra i vari ordinamenti. Potrebbe accadere che gli Stati inizino a competere tra di loro per incoraggiare la costituzione sul loro territorio del maggior numero di enti.

Il fenomeno è noto principalmente nel contesto Statunitense, dove il piccolo stato del Delaware si è imposto quale polo di attrazione. Negli USA, infatti, la legge federale lascia ai singoli Stati la disciplina delle società (cosiddetta “internal affair doctrine”) e le profonde differenze esistenti tra i singoli ordinamenti costituiscono un ostacolo per una loro completa armonizzazione. Per tale motivo gli agenti economici, nel decidere lo Stato di costituzione, tendono a preferire quello che possa offrire maggiori vantaggi. La legislazione del Delaware garantisce ottime condizioni in termini di costi di costituzione e un sistema giurisdizionale altamente specializzato in materia societaria.²³

²² *Ibidem*, pag. 762.

²³ DRURY, *A European look at the American experience of the Delaware syndrome*, in *J. Corp. L. Stu.*, 2009, pag.3 ss.

D'altra parte il fenomeno della concentrazione sotto tale giurisdizione viene a essere interpretato, secondo alcuni commentatori, come un "race to the bottom" per quanto concerne la tutela offerta agli azionisti di minoranza e ai creditori. La dottrina, infatti, da anni dibatte sull'effetto benefico prodotto dalla competizione tra ordinamenti in capo alle legislazioni nazionali e all'efficienza delle imprese. Chi è a favore ritiene che la "pressione" esercitata dalla concorrenza di altri Stati innalzi il livello qualitativo dei prodotti giuridici offerti. Altri invece sostengono che il "mercato delle regole" tenda a favorire soltanto i soggetti in grado di tutelarsi da soli quali soci di maggioranza e amministratori.²⁴

Per ciò che maggiormente interessa la nostra trattazione, dobbiamo rilevare come alcuni commentatori, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia riguardo alla libertà di stabilimento, abbiano ravvisato un possibile parallelismo tra la situazione americana e quella europea, sottolineando il rischio del diffondersi di un "Delaware effect".

In realtà, i due contesti presi in considerazione sono molto distanti l'uno dall'altro. Se i singoli Stati degli Usa sono lasciati liberi di sviluppare la loro legislazione in materia societaria con una limitata ingerenza a livello federale²⁵, l'Unione Europea si è presentata da sempre come una "community of law", impegnata nell'elaborazione di un sistema normativo

24 F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pag.37-38.

25 Ingerenza che si è fatta sentire in particolare dal 2002 a seguito del Sarbones- Oxley Act .

che tendesse all'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati Membri, in modo da facilitare il raggiungimento degli obiettivi posti nei Trattati.

Per questo motivo il fenomeno competitivo in prospettiva europea deve considerarsi più limitato rispetto a quanto registrato oltre oceano, dovendosi riscontrare una relazione di proporzionalità inversa tra il grado di armonizzazione delle legislazioni societarie (in Europa, maggiore per le società azionarie e minore per quelle a responsabilità limitata) e la competizione regolatoria.²⁶

1.7 Il “Mercato delle regole”

Riflettendo sul tema della concorrenza tra ordinamenti, dobbiamo riconoscerne il presupposto nell'idea di un'equiparazione tra la legge di un ordinamento e qualunque altro prodotto che gli Stati offrono su un “mercato”. L'analisi trae origine dal contributo di Tiebout²⁷, il quale elaborò un modello concernente i “beni pubblici”. Egli osservava come per tali beni l'impossibilità di trarre un profitto privato ne disincentivasse la produzione. La soluzione era allora quella di assegnarne la realizzazione

26 A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli stati membri: Europa vs. Usa* in *Rivista delle società* 02-03 2003, pag. 150.

27 *A pure theory of local expenditures* in 64 *J.pol. econ.*, 1965, 416 ss.

□

allo Stato o a enti pubblici, sviluppando una competizione tra gli ordinamenti che avrebbe portato a positivi risultati.

Concentrando la nostra attenzione sul funzionamento di questo “mercato” d’istituti e fattispecie giuridiche, proviamo a scomporlo nelle sue componenti costitutive della domanda e dell’offerta di diritto.

Per quanto riguarda *la domanda di diritto*, sono gli stessi agenti economici a richiedere norme che meglio valorizzino le proprie esigenze. In alcune circostanze piuttosto che contrattare migliori condizioni con lo Stato di origine, si preferisce andare a ricercarne un altro in grado di offrirne di più vantaggiose.²⁸

Il grado di sviluppo del “mercato” delle regole dipende molto dal diritto internazionale privato radicato nei vari paesi e dal grado di libertà lasciato da questo ai soci nella scelta della *lex societatis* applicabile. E’ evidente che se alle società viene vietato di modificare la legge che le disciplina o viene loro imposto uno spostamento fisico in un altro paese quale condizione per l’adozione di un nuovo regime giuridico, il loro trasferimento verrà notevolmente ostacolato. Al contrario maggiore sarà la libertà lasciata, più la domanda di diritto si presenterà come elastica e pronta a reagire alle eventuali lacune di tutela della legislazione nazionale.

Le imprese possono decidere di lasciare il paese d’origine al momento della costituzione oppure in uno successivo. Nel primo caso saranno solamente i soci fondatori a manifestare tale volontà. Altrimenti se s’intende mutare statuto o diritto fallimentare nel corso dell’esistenza dell’ente, la decisione dipenderà dagli interessi dei diversi soggetti che in

28 F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pag.38.

base alla struttura societaria avranno il potere di scegliere il cambiamento di legge.

Nel caso in cui il potere di proposta sia di esclusivo appannaggio degli amministratori, il trasferimento verrà deliberato principalmente al fine di avvantaggiare questi. Al contrario se la delibera viene affidata all'assemblea, con facoltà di proposta anche da parte dei soci di minoranza, l'ordinamento di destinazione sarà maggiormente attento alle esigenze espresse da tali soggetti.

A rispondere alla *domanda di diritto* troviamo i vari Stati, i quali offrono ai richiedenti, quale loro prodotto, la legge. Il meccanismo del "mercato" delle regole che stiamo descrivendo si fonda sul presupposto che i diversi ordinamenti tentino di attrarre, per il tramite dell'offerta di legislazione, il maggior numero di società sul loro territorio o, quantomeno, di frenare la "fuga" degli enti nazionali verso soluzioni estere.²⁹

E' necessaria però un'ulteriore precisazione: in alcuni casi si cerca di attrarre fisicamente imprese straniere, in altri si offre solamente un sistema giuridico a enti che continueranno a essere localizzati altrove.

Nella prima ipotesi l'agente economico, trasferendo i processi produttivi in un diverso contesto vi porta anche lavoro e ricchezza tangibile, incentivi per la realizzazione di condizioni economiche e giuridiche volte a favorire gli investimenti esteri. In questo caso parliamo della *delocalizzazione produttiva*, fenomeno che si sta diffondendo soprattutto negli ultimi anni e che coinvolge anche moltissime imprese italiane. Queste, a causa delle tante inefficienze caratterizzanti l'attuale panorama nazionale, preferiscono, per scelta o necessità, trasferire i propri

²⁹ *Ibidem*, pag.41.

siti produttivi in luoghi che offrono maggiori garanzie o opportunità di crescita.

Ciò che invece più interessa ai fini della nostra riflessione, è il caso contrario, quello cioè di uno Stato che attrae le imprese verso il proprio diritto senza che questo comporti e assicuri una presenza fisica dell'attività condotta sul territorio. In una situazione del genere s'ipotizza l'esistenza d'incentivi ad hoc, diversi dal raggiungimento di un elevato livello qualitativo del diritto statale, tali da giustificare un impegno profuso nella competizione con gli altri ordinamenti. Possiamo accennare alla eventualità in cui un paese decida di tassare la costituzione di nuove società (c.d. "franchise fee")³⁰ oppure alla pressione esercitata da determinati gruppi di interesse in vista di un beneficio dato dall'attrarre il maggior numero d'imprese.

Secondo alcuni commentatori, questa riflessione, se plausibile sul piano della normativa societaria, non sembra però adatta a proposito del diritto fallimentare, il quale, toccando interessi sensibili anche sul piano politico, richiede un criterio di collegamento più rigoroso, con una presenza fisica degli enti da assoggettare alla disciplina.³¹

1.8 Un esempio di "offerta di diritto": l'Olanda nel caso FIAT

30 A tale riguardo L. ENRIQUES, *EC company law and the fear of a European Delaware*, in EBLR, 2004, pag.1271, sottolinea però che l'esistenza di un tetto massimo alle *franchise fee*, fissato dal diritto comunitario derivato, potrebbe annullare tale beneficio sul lato dell'offerta.

31 F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pag.42-43.

Il 29 gennaio 2014 la società automobilistica italiana Fiat ha annunciato la fusione con Chrysler e l'inizio di una nuova fase della sua storia. Tra le novità più evidenti il cambiamento del nome in "Fiat - Chrysler Automobiles" e il trasferimento della sede all'estero, in particolare quella legale in Olanda, quella fiscale nel Regno Unito con prospettiva di quotazione primaria a Wall Street entro la fine dell'anno.

Il caso sarà poi approfondito nel seguito della trattazione. Ciò che interessa analizzare in questo momento è la scelta delle imprese multinazionali, sempre più frequente, di separare e collocare le proprie sedi (legale, fiscale, o altre ancora) in vari paesi.³²

Le decisioni riguardanti la localizzazione prese dalla Fiat rispecchiano l'adozione di un criterio di maggiore convenienza e competitività. Ritroviamo nel caso di specie, infatti, il meccanismo del "mercato delle regole" descritto nel paragrafo precedente. Dal lato della domanda la società automobilistica, la quale, pur essendosi impegnata a mantenere in Italia i siti produttivi, ha preferito sottoporsi alla legislazione di un diverso ordinamento. Sulla sponda opposta dell'offerta, il diritto Olandese, scelto per le sue caratteristiche di particolare vantaggio. Tra queste una giurisdizione neutrale nei confronti di agenti economici esteri, e soprattutto un diritto societario molto flessibile, che rende i Paesi Bassi luogo attraente quale base legale per le imprese.

³²"Here, there and everywhere-why some businesses choose multiple corporate citizenships" in "The economist", 22 Febbraio 2014.

Un esempio di tale flessibilità, risultato decisivo nella scelta della Fiat, è dato dalla possibilità garantita dall'ordinamento olandese di prevedere le cosiddette "loyalty shares", cioè diritti di voto doppio per gli azionisti stabili. E' evidente quanto quest'opportunità sia lontana dal nostro diritto societario, il quale all'art. 2351 del Codice Civile espressamente fa divieto di emettere azioni a voto plurimo.

Possiamo dunque comprendere il grado di attrazione di una simile chance, in particolare per le grandi famiglie proprietarie le quali vogliono evitare una diluizione delle partecipazioni azionarie a seguito di operazioni straordinarie di fusione.

Grazie all'attribuzione del voto doppio ne risulterà ,nel caso considerato, in particolare avvantaggiata la società Exor, azionista di maggioranza di Fca al 30,5% , e a sua volta controllata dalla famiglia Agnelli. Si potrà di nuovo verificare quanto già avvenuto in occasione della costituzione di Cnh Industrial dove la stessa Exor, pur possedendo un interesse economico del 27%, è in grado di esercitare il 40% dei voti.

1.9 La Società Europea come strumento di mobilità transnazionale

La Società Europea è un tipo societario transnazionale la cui disciplina è basata su un Regolamento Comunitario.³³ In realtà il contenuto

³³ Il Regolamento del Consiglio 2157/2001/CE dell'8 ottobre 2001, "Regolamento SE".

della fonte sovranazionale si presenta come molto scarno e di conseguenza le materie e gli aspetti non contemplati dalla stessa vengono governati dalla normativa dettata per la SE o per la società per azioni dallo Stato membro in cui si colloca la “sede sociale” e nel cui Registro delle imprese è iscritta la Società Europea.

Per ciò che a noi interessa maggiormente, tramite questo modello giuridico è possibile trasferire la sede statutaria da uno Stato all'altro e mutare di conseguenza *lex societatis* senza necessariamente passare dallo scioglimento. Ovviamente si potrà modificare solamente il diritto statale applicabile in via sussidiaria ma, dato il largo spazio lasciato alla disciplina nazionale dallo stesso Regolamento SE, si comprende la grande opportunità per gli ordinamenti europei, in particolare per quelli che non avrebbero potuto altrimenti localizzarsi altrove senza previa liquidazione.³⁴

Se, infatti, le intenzioni del legislatore comunitario erano quelle di mettere a disposizione delle imprese multinazionali una forma giuridica esclusivamente o principalmente europea, le significative lacune e il frequente rinvio alle leggi nazionali ne costituiscono sicuramente un limite. Al contrario la disciplina dettata appare sufficiente se si considera la Società Europea come uno strumento in grado di rendere più facili le fusioni transnazionali e i trasferimenti di sede e quindi di consentire agli agenti economici europei la scelta del diritto societario applicabile.

³⁴ F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pag.74-75.

Uno dei più significativi esempi di vuoto normativo, frutto del processo di scrematura nell'evoluzione dei lavori preparatori dello Statuto della SE, concerne la parte dedicata al capitale, alle azioni e al finanziamento. Applicando infatti in tale materia le disposizioni nazionali, le quali divergono notevolmente le une dalle altre, il tipo SE può risultare molto conveniente per il trasferimento delle imprese alla ricerca di una legislazione societaria più favorevole.³⁵

In particolare abbiamo notato nel paragrafo precedente come la scelta della Fiat rispetto allo spostamento della sede legale in Olanda sia stata influenzata principalmente dalla possibilità di derogare alla regola “un'azione, un voto”. E proprio l'assenza, nella disciplina in esame, di alcun tipo di limitazione alle deviazioni da tale principio può considerarsi una delle motivazioni più forti per la costituzione di una Società Europea.

Per questa ragione, soprattutto laddove le grandi famiglie proprietarie abbiano l'esigenza di deliberare un aumento di capitale e nonostante questo non intendano vedere “annacquata” la loro partecipazione e indeboliti i propri diritti, la possibilità di emettere azioni senza diritto di voto, con voto limitato o addirittura plurimo, consentita dallo strumento della SE, rende la scelta del modello giuridico molto appetibile .

³⁵ L. ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio*, in *Rivista delle società* 02-03 2003 pag. 375-376.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA GIURIDICA DEL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE ALL'ESTERO

2.1 Introduzione

Per poter comprendere la rilevanza e le problematiche sottese, da un punto di vista giuridico, alla mobilità degli enti privati, è necessario partire da quelli che ne costituiscono i presupposti fondamentali. Nell'introdurre il carattere articolato legato alla definizione del concetto di sede, abbiamo notato come il tema trattato implichi di per sé elementi di estraneità, dal momento che coinvolge più ordinamenti giuridici. Di conseguenza argomenti quali il trasferimento all'estero o le fusioni transnazionali hanno destato molto interesse all'interno dell'Unione Europea.

Se infatti, spesso, il diritto sostanziale nazionale ha preferito sviluppare maggiormente altri aspetti e momenti della vita di una società, a livello comunitario si è riscontrato nel tempo un dibattito molto acceso a riguardo. Le possibili controversie sorte sono forse da ricondurre anche alla profonda spaccatura, nei vari sistemi europei, rispetto all'applicazione del criterio della “teoria dell'incorporazione” e della “teoria della sede reale” che abbiamo descritto nelle pagine precedenti(v.Cap.I par.5). L'aderire ad un orientamento o all'altro porta sicuramente quale conseguenza un diverso approccio all'oggetto in esame, contribuendo a rendere il clima della discussione tra i vari Stati più animato.

Infatti, la “teoria dell'incorporazione” desta delle critiche da parte di coloro che credono possa facilitare la costituzione di *letter box companies*, rendendo più agevole la realizzazione di operazioni verso società più o meno fittizie situate magari in ordinamenti considerati paradisi fiscali. Al

contrario l'adozione dell'opposta teoria sembra esigere un controllo più rigido sui soggetti coinvolti e sulle loro scelte di localizzazione.³⁶

Cerchiamo di ripercorrere le varie tappe del dibattito nell'ambito del diritto societario europeo. In primo luogo il fallimento, divenuto ormai storico, del tentativo di raggiungere nel progetto di Convenzione del 1968 ("Convenzione di Bruxelles") una forma di mutuo riconoscimento di società provenienti da uno degli altri, allora sei, Stati membri. Essa non poté entrare in vigore perché era richiesta la ratifica di tutti coloro che formavano la Comunità Economica Europea ma soltanto cinque acconsentirono, mentre i Paesi Bassi la rifiutarono. Il timore era rappresentato dal fatto che i principi espressi dalla Convenzione potessero finire per essere in contrasto con i criteri di diritto internazionale privato olandese in materia di società. Nello specifico veniva seguita la teoria della *law of incorporation* che permetteva il riconoscimento di tutte le società straniere purché legittimamente costituite.

La Convenzione prevedeva infatti all'articolo 1 che : << sono riconosciute di diritto le società civili o commerciali, comprese le società cooperative, costituite in conformità della legge di uno Stato contraente che conferisca loro la capacità di essere titolari di diritti e di obblighi e aventi la sede statutaria nei territori cui si applica la presente Convenzione>>. Si aggiungeva però che gli Stati membri avrebbero potuto non applicare la Convenzione alle società che avessero la sede reale fuori dal territorio e privi di ogni collegamento economico con uno di loro.

36

E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società* 2003 fasc. 4 pag. 724-725.

All'articolo 4 inoltre, si riservava agli stessi la facoltà di applicare le norme nazionali, sia imperative sia di carattere suppletivo, alle società straniere situate all'interno dei propri confini. In questo modo sembrava privilegiato il più rigido criterio di collegamento della sede effettiva a scapito di quello del luogo di costituzione e ciò provocava i timori concernenti i possibili ostacoli alla libera circolazione dei capitali.³⁷

Nonostante questo si raggiunse una sorta di riconoscimento *de facto*, che privò l'argomento di interesse per alcuni anni.

La questione sembrò però influenzare negativamente la discussione relativa alle fusioni transnazionali e al trasferimento transnazionale della sede.³⁸ Del lungo iter che avrebbe portato all'elaborazione della direttiva n. 2005/56/ CE in materia di fusioni transfrontaliere di società di capitali e successive modificazioni parleremo nel seguito della trattazione.(v. par.5)

Con riferimento invece al trasferimento della sede sociale si riscontra un evidente vuoto normativo lasciato dal legislatore comunitario. Il progetto di quattordicesima direttiva sul trasferimento della sede sociale e la "trasformazione internazionale" fu oggetto di grandi resistenze da parte degli Stati membri. Il primo tentativo si verificò nel 1997 e dopo il fallimento la Commissione indisse una pubblica consultazione su una nuova proposta di direttiva esclusivamente in materia di trasferimento della sede statutaria con conseguente mutamento dello statuto personale. Nel 2003 venne poi inserita una sollecitazione sull'approvazione di una

³⁷ T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea -Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, fasc.4 pag. 670-671.

³⁸ E. WYMEERSCH, *op. cit.* pag.726.

direttiva relativa al tema nell'*Action Plan* sulle priorità della Commissione in riferimento al diritto societario e nell'agenda di Lisbona 2005.

Nonostante tutti gli sforzi, la stessa Commissione nel 2007 non ripresentò una proposta a riguardo, in conseguenza a una valutazione dei costi e benefici delle varie opportunità di disciplina e in virtù degli incerti effetti di questa. Nel 2009 il Parlamento però rivolse un invito in relazione ad un nuovo tentativo di predisposizione della quattordicesima direttiva.³⁹

Da registrare infine l'*Action Plan* del 12 dicembre 2012 in materia societaria e di corporate governance, una parte del quale era dedicato ai “miglioramenti del quadro normativo in materia di operazioni transfrontaliere delle società dell'UE”.

In particolare, con riferimento al trasferimento di sede, veniva sottolineata “la mancanza (ad eccezione degli statuti della società europea (SE), della società cooperativa europea(SCE) e del gruppo europeo di interesse economico (GEIE)) di una normativa UE che consentisse alle società di trasferire la sede legale a livello transfrontaliero preservando la loro personalità giuridica.” Dato il forte interesse mostrato per il tema, la Commissione, si impegnava a raccogliere dati economici sufficienti per poter intraprendere qualsiasi iniziativa legislativa. Per questo motivo venivano previste delle nuove consultazioni pubbliche.⁴⁰

In ogni caso le linee guida, sia del progetto del 1997 sia della successiva pubblica consultazione, prevedevano la possibilità per le società

39 F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale 2010*, Giuffrè Editore pag. 125-126.

40 P. MARCHETTI, *Il nuovo Action Plan europeo in materia societaria e di corporate governance in Rivista delle società 2013 fasc. 1 pag.239-240.*

di trasferire la sede e modificare lo statuto personale, prescrivendo la pubblicazione nel registro delle imprese di un progetto di trasferimento e maggioranze rafforzate a tutela dei soci di minoranza. Gli strumenti a salvaguardia dei creditori venivano invece rimessi ai diversi Stati, i quali erano anche liberi di mantenere il criterio di collegamento di diritto internazionale privato che preferivano.⁴¹

In tale contesto si deve sottolineare l'importanza del ruolo rivestito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha introdotto alcune novità nell'interpretazione delle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea relative alla libertà di stabilimento.

2.2 La libertà di stabilimento secondo il diritto dell'Unione

Il Trattato istitutivo della Comunità Europea (oggi divenuto il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) si occupava della libertà di stabilimento delle società nell'articolo 293(ex articolo 220) il quale prevedeva espressamente l'ipotesi di trasferimento della sede. La norma, poi abrogata a seguito del Trattato di Lisbona, impegnava gli Stati Membri ad avviare negoziati volti a stipulare accordi internazionali per garantire ai loro cittadini "il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse". La disposizione rimase però inattuata, e anche il progetto di XIV Direttiva sul trasferimento della sede sociale all'estero da parte della Commissione, come abbiamo visto, nonostante varie sollecitazioni, non venne compiuto.

41 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.* pag. 125-126.

Oggi possiamo riscontrare un riferimento al tema negli articoli 49 e 54 del TFUE (ex art 43 e 48 TCE), che estendono alle società la libertà di stabilimento, destinata altrimenti alle sole persone fisiche.

Con tale espressione s'intende il diritto a esercitare in modo effettivo un'attività economica di natura non subordinata, per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato Membro, diritto che può essere vantato sia nello Stato di destinazione sia in quello di origine, pur non garantendo la possibilità di cambiare contestualmente cittadinanza (principio del trattamento nazionale).⁴²

L'articolo 54 equipara a tal fine alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri, <<le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro dell'attività principale all'interno della comunità>>.

Il Trattato assicura la libertà di stabilimento sia primaria che secondaria; la prima si esercita in uno Stato membro diverso da quello di origine (che viene abbandonato), attraverso la creazione o il trasferimento di un centro di attività economica o professionale o la costituzione di una società ai sensi dell'articolo 54 TFUE.

La libertà di stabilimento secondario si realizza invece per il tramite di agenzie, succursali, filiali e sedi secondarie in uno Stato membro differente da quello di partenza. Quindi, se nel caso di stabilimento primario, la persona fisica o giuridica rinuncia a localizzarsi nel paese di origine, non altrettanto accade per quello secondario, dove si mantiene il collegamento originario al quale si affianca lo stabilirsi anche in un nuovo contesto geografico. Potrebbe di conseguenza accadere che un'impresa

⁴² *Ibidem*, pag. 88.

multinazionale sia assoggettata in parallelo all'applicazione concorrente della propria legge personale e a quella di un diverso ordinamento.

Il Trattato garantisce tale libertà in maniera incondizionata, salvo le deroghe contenute nell'articolo 52 TFUE (ex articolo 46 TCE) in base alle quali si può limitare con disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, la libertà per gli stranieri, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. Tuttavia la tutela dei creditori, la garanzia dei controlli fiscali e la correttezza del commercio non sono considerate quali ipotesi che giustificano una restrizione della libertà di stabilimento.⁴³

Rilevante interesse ha assunto l'operato della giurisprudenza della Corte di Giustizia per la risoluzione delle problematiche e interrogativi sollevati dalle norme considerate, anche se molti nodi non sono stati ancora sciolti.

Oggetto delle sentenze è in particolare la compatibilità della disciplina nazionale dei vari Stati Membri, comprensiva non solo di norme di conflitto ma anche sostanziali, di carattere societario o fiscale, rispetto alla libertà di stabilimento garantita dal Trattato.

Possiamo in prima approssimazione anche suddividere le restrizioni a tale diritto, distinguendo i limiti posti dal paese in cui una società estera decide di trasferire la propria sede principale o secondaria (ostacoli in "entrata") rispetto a quelli attraverso i quali lo Stato di costituzione di un'impresa tende a impedire il suo spostamento al di fuori del territorio nazionale (ostacoli in "uscita").

43 G. MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Rivista del Notariato*, 2004, fasc. 3, pt. 1, pag. 653-654.

2.3 La Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

➤ *Il Caso Segers (C 79/85)*

Il caso, presentatosi nel luglio 1986, era il primo rilevante in riferimento alla libertà di stabilimento. La vicenda vedeva protagonista una società inglese operante esclusivamente nei Paesi Bassi per il mezzo di una sussidiaria, la quale era regolata dal diritto olandese. Il signor Segers, amministratore dell'ente, aveva conferito il 100% delle azioni della società operativa nel capitale dell'azienda inglese di nuova formazione, la Slendrose Ltd. Lo stesso, avendone fatto domanda, non poteva ricevere la prestazione di assistenza pensionistica contro le malattie, richiesta all'Assicurazione Pubblica Olandese perché questa lo considerava un dipendente e amministratore di una società straniera. La Corte di Giustizia affermava che tale rifiuto costituiva una limitazione, seppur indiretta, della libertà di stabilimento della società inglese, nonostante questa operasse esclusivamente nei Paesi Bassi.

➤ *Il caso Daily Mail e General Trust (C 81/87)*

Il caso, avvenuto nel settembre 1988, riguardava una società inglese, la *Daily Mail and General Trust Plc*, (proprietaria del tabloid da cui prendeva il nome) la quale chiese al Ministero del Tesoro del Regno Unito l'autorizzazione a trasferire la propria sede amministrativa e il domicilio fiscale nei Paesi Bassi, per godere del più favorevole regime fiscale.

In particolare, intendeva realizzare una parte del suo portafoglio titoli, sottraendosi alla relativa imposta britannica che ne colpiva il plusvalore. Il sistema fiscale olandese avrebbe tassato invece solo le sopravvenienze realizzate dopo lo spostamento della sede sul proprio territorio.

Allo stesso tempo però questa intendeva rimanere sottoposta alla legislazione inglese e mantenere la propria personalità giuridica. L'autorità inglese rifiutò l'autorizzazione e la società portò il caso dinanzi alla High Court of Justice, Queen's bench division.

La Corte di Giustizia europea venne allora investita della questione pregiudiziale in riferimento alla possibile violazione degli articoli 52 e 58 del Trattato CEE (oggi articoli 49 e 54 TFUE) e della Direttiva del Consiglio 73/148 CEE, 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati Membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi. Questa normativa assicurava esplicitamente il diritto di cambiare domicilio solo a favore delle persone fisiche, occorreva dunque stabilire nel caso concreto, se esistesse effettivamente un'equiparazione delle società alle persone fisiche.

La CGE, con la sentenza del 27 settembre 1988, dava ragione all'amministrazione fiscale inglese dichiarando il non venir meno del requisito dell'autorizzazione in ragione delle norme comunitarie sullo stabilimento e sottolineando la dipendenza degli enti giuridici dal diritto degli Stati.

Infatti, affermava a proposito del primo punto che: *“Diversamente dalle persone fisiche le società sono enti creati da un ordinamento giuridico ed esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali*

che ne disciplinano costituzione ed esistenza. Queste presentano notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento con il territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento.[...] Il trattato considera la disparità delle normative nazionali relative al criterio di collegamento imposto alle società costituite a norma delle loro leggi come pure la possibilità e, eventualmente, le modalità del trasferimento della sede, legale o reale, delle società stesse da uno Stato membro a un altro come problemi che non sono risolti dalle norme relative al diritto di stabilimento, ma che devono esserlo da leggi o convenzioni, le quali tuttavia ancora non esistono. Ciò premesso, gli art. 52 e 58 del trattato 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 .”

Mentre con riferimento al secondo punto statuiva: “ *La direttiva 73/148, relativa alla soppressione delle restrizioni di trasferimento e di soggiorno dei cittadini degli Stati membri nell’ambito della Comunità in fatto di stabilimento e di prestazione di servizi, come indicato titolo e contenuto, riguarda unicamente il trasferimento e il soggiorno delle persone fisiche e le sue disposizioni, stante il loro contenuto, non si prestano ad applicazione analogica alle persone giuridiche. Perciò la direttiva 73/148 dev’ essere interpretata nel senso che essa non attribuisce ad una società il diritto di trasferire in un altro Stato membro la sede della direzione .”⁴⁴*

44 Per il testo integrale della sentenza v. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61987CJ0081&from=IT>

Da queste parole la sentenza è sempre stata considerata come il lasciapassare per ogni restrizione imposta al trasferimento all'estero da parte dello Stato di costituzione. In realtà nella sentenza possiamo trovare altre affermazioni, che probabilmente costituivano obiter dicta, le quali sembravano riconoscere e affermare l'estensione della libertà di stabilimento alle persone giuridiche: *“come ha giustamente osservato la Commissione, i diritti garantiti dall'art 52 sarebbero vanificati se lo Stato d'origine potesse vietare alle imprese di migrare per stabilirsi in un altro Stato membro”*.

Allo stesso modo alcuni interpreti credono che la sentenza non affermasse, contrariamente a quanto ritenuto di solito a una prima lettura da altri autori⁴⁵, la legittimità di restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dello Stato di origine della società. Secondo tali commentatori la pronuncia riconosceva semplicemente la possibilità che detto paese non mantenesse ulteriormente la personalità giuridica di diritto interno dell'ente a seguito del trasferimento di sede all'estero.

Rimarrebbe impregiudicato invece l'obbligo di riconoscimento, da parte del medesimo Stato, della nuova personalità giuridica di diritto straniero che l'azienda eventualmente avesse acquisito come conseguenza dello stesso trasferimento di sede.⁴⁶ E' importante infine notare come la sentenza in esame facesse riferimento allo <<stato attuale del diritto comunitario>>, di modo tale che oggi, per valutare tale decisione, dobbiamo domandarci quale sia stata la successiva evoluzione della normativa e della giurisprudenza europea.

45 F. M. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, 2000, II, pag.573 ss.

46 G. PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Rivista del Notariato*, 2004, fasc.2 pt 1, pag.354.

➤ *Il caso Centros (C- 212\97)*

La controversia riguardava due coniugi danesi, il Sig. e la Sig.ra Brides, i quali avevano costituito una società a responsabilità limitata in Inghilterra, la “Centros plc” (la sede fu posta presso l’abitazione di un amico nel Regno Unito e la moglie compariva come amministratrice unica). L’impresa intendeva portare avanti un’attività d’import-export di vini da e verso la Danimarca, senza la reale intenzione di operare sul territorio britannico. In questo modo i due pensavano di beneficiare della più favorevole legislazione inglese, che prevedeva un ridotto e non versato capitale sociale, e al tempo stesso evitare la ben più rigida normativa danese, che al contrario prescriveva un capitale minimo di DKK 200,000, in base alla legge n. 886 del 21 dicembre 1991.

Nell’estate del 1992 Centros voleva stabilire una succursale in Danimarca al fine di esercitare il proprio business, ma l’Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, la competente autorità danese rifiutò la registrazione poiché considerava la società come una “pseudo -foreign” company (società solo formalmente straniera), la quale non aveva intenzione di condurre l’attività in Inghilterra e vi era stabilita solo con la volontà di evitare la disciplina danese.

Iniziata la vicenda giudiziale, l’Højesteret, la Suprema Corte della Danimarca, sollevò la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia relativamente all’interpretazione degli attuali articoli 49, 52 e 54 TFUE.

In particolare la questione controversa era se la libertà di stabilimento e l’equiparazione tra persone fisiche e giuridiche, previste nel Trattato, precludessero a uno Stato membro tale rifiuto alla registrazione.

La Corte avrebbe poi dovuto decidere se il provvedimento dell'autorità fosse legittimo sulla base delle imperative ragioni d'interesse generale, tutelate dall'articolo 52 TFUE.

La CGE con sentenza del 9 marzo 1999 riteneva che l'apertura di una succursale in uno Stato membro (nel caso la Danimarca) da parte di una società avente la sede sociale in un altro Stato membro (Regno Unito), rientrasse nell'ambito della libertà di stabilimento prevista dal Trattato. Già nella sentenza <<Segers>> essa aveva statuito che “la circostanza che una società non svolga alcuna attività nello Stato della sede, esercitandola soltanto nello Stato della succursale, non è un indice di comportamento abusivo e fraudolento tale da consentire allo Stato in cui viene istituita la filiale di negare alla società di fruire delle disposizioni comunitarie in materia di diritto di stabilimento”.

In secondo luogo la scelta di localizzarsi presso ordinamenti che offrivano norme societarie meno severe, non costituiva abuso del diritto di stabilimento. Rientra, infatti, nella logica dell'ordinamento comunitario trarre vantaggio dalle diversità delle singole discipline societarie nazionali. In mancanza di armonizzazione saranno la concorrenza e la competizione tra le discipline a prevalere e le imprese potranno scegliere come e dove esercitare la libertà di stabilimento.⁴⁷

Inoltre il rifiuto di registrazione, nella controversia in esame, non poteva essere giustificato da motivi di ordine pubblico ex art 52 TFUE.⁴⁸

47 G. MARGIOTTA, *op. cit.*, pag. 659-660.

48 A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul “caso Centros”* in *Riv. Soc.* 2001 fasc. 5 pag. 1292.

La sentenza, pronunciata dopo undici anni dal caso Daily Mail, viene ricordata come il primo esempio di decisione esplicitamente liberale in materia, soprattutto in riferimento ai limiti posti dal paese, diverso da quello di origine, in cui una società comunitaria stabilisce la propria sede principale o secondaria.⁴⁹

Il tratto più innovativo e significativo è da rinvenire nel fatto che gli Stati membri non possono impedire a pseudo foreign corporations comunitarie di operare nel proprio territorio. Ciò comporta la libertà per i cittadini dell'Unione di costituire una nuova società in qualunque Stato membro, indipendentemente dal luogo in cui è posta la sede amministrativa o è svolta l'attività, purché il paese d'incorporazione ammetta la dissociazione rispetto a quanto indicato nello statuto.⁵⁰

➤ *Il caso Überseering (C-208/00)*

Differentemente dai casi già analizzati, la controversia in esame non poneva un problema di concorso tra libertà comunitarie e norme imperative di uno Stato membro. La ricorrente era l'Überseering BV, società costituita e iscritta dal 1990 nel registro delle imprese olandese, la quale possedeva un terreno con un parcheggio e un motel a Dusseldorf in Germania. La convenuta era un'impresa di diritto tedesco, la NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmgH che, in base ad un contratto stipulato con la prima, era obbligata a compiere determinati lavori su i due immobili. In seguito all'adempimento della prestazione la ricorrente riscontrò dei vizi nelle opere e ne richiedeva la riparazione.

49 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag. 95.

50 *Ibidem*, pag. 97.

A partire dal 1 gennaio 1995 due cittadini tedeschi acquistarono la totalità delle quote sociali di Überseering e la stessa da quel momento risultava avere la sede amministrativa effettiva in Dusseldorf. Intanto la NCC era chiamata in giudizio e richiesta del pagamento di una somma superiore ad un milione di marchi più interessi.⁵¹

Le Corti tedesche(tribunale e corte d'appello) negarono però alla società ricorrente la capacità processuale in Germania. Secondo la normativa tedesca hanno capacità processuale le persone in possesso della capacità giuridica, la quale, nel caso delle società, si determina secondo lo statuto personale disciplinato dal diritto dello Stato in cui si trova la sede amministrativa principale. Quindi Überseering, non essendosi iscritta nel registro delle società tedesche, non ne aveva assunto la capacità processuale e allo stesso tempo aveva perso quella olandese.

La Corte Suprema di Cassazione sollevò la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, chiedendo se gli attuali articoli 49 e 54 impedissero che la capacità giuridica e processuale di una società validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro fossero valutate secondo la legge del paese in cui lo stesso ente aveva successivamente trasferito la sede amministrativa effettiva. In caso di risposta affermativa si domandava anche se la libertà di stabilimento prevista dal Trattato comportasse la valutazione della capacità giuridica e processuale secondo il diritto del paese di costituzione.

La Corte statò che l'ordinamento tedesco dovesse trattare Überseering come una società di diritto olandese e che richiedere una ricostituzione in Germania rappresentasse una limitazione del diritto di

51 T. BALLARINO, *op. cit.*, pag.690.

stabilimento. Lo Stato di arrivo nel caso di specie, nonostante talvolta alcune restrizioni siano giustificate, non poteva quindi negare capacità giuridica e processuale all'impresa.

Come principio di carattere generale lo Stato membro di stabilimento deve rispettare la capacità processuale che la società possiede sulla base del diritto del paese di costituzione.⁵²

Se la sentenza *Centros* affrontava il tema dei limiti posto dall'ordinamento "d'arrivo" a una società costituita con l'intenzione di sottoporsi alla disciplina di un altro, la controversia in esame riguardava i limiti posti da uno Stato membro ad un ente che trasferiva la propria sede amministrativa sul suo territorio.⁵³

Si precisava poi che la decisione aveva riguardo alla legittimità degli ostacoli cosiddetti "in entrata", cioè posti dal paese di destinazione, e che quindi rimaneva impregiudicato quanto sostenuto in base alla sentenza *Daily Mail* che interessava invece quelli "in uscita".

➤ *Il caso Inspire Art (C-167/01)*

Il caso vedeva protagonista la società di diritto inglese Inspire Art, la quale operava esclusivamente tramite una succursale nei Paesi Bassi. Così come la *Centros plc*, infatti, l'ente era incorporato nel Regno Unito senza alcuna intenzione di portare avanti l'attività in quel territorio, ma

52 S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso Überseering Bv: tra armonizzazione e concorrenza fra gli ordinamenti in Banca, borsa, tit.cred.* 2003, 4, p. 456.

53 F. M. MUCCIARELLI, *op.cit.*, Pag.97.

solamente al fine di eludere l'applicazione della più stringente disciplina olandese.

Quando un ramo dell'impresa venne registrato presso la Camera di Commercio di Amsterdam, quest'ultima riscontrò l'incompletezza della procedura a causa della mancata indicazione del fatto che la Inspire Art fosse una pseudo foreign company (una società solo formalmente straniera, ovvero costituita conformemente ad un diritto diverso da quello olandese, ma priva di legami effettivi con questo diverso Stato perché operante esclusivamente o quasi in Olanda.). La precisazione era richiesta in base all'articolo 1 della "Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen" (WFBV), la legge olandese sulle società formalmente straniere.

La camera di commercio chiese allora al giudice di primo grado di Amsterdam (Kantongerecht) se effettivamente la Inspire Art costituisse o meno una pseudo foreign company e se di conseguenza fosse tenuta non solo a completare la registrazione ma anche ad adempiere agli ulteriori obblighi prescritti dalla legge, tra cui in particolare il versamento del capitale sociale minimo previsto per le società a responsabilità limitata in base alle disposizioni del codice civile.

Il giudice confermò la natura della società inglese come solo formalmente straniera e sollevò la questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia in riferimento alla compatibilità della normativa olandese rispetto agli attuali articoli 49 e 54 TFUE e l'eventuale rilevanza di motivi di interesse generale ex art. 52 a giustificazione di tale legislazione.

Con la sentenza del 30 settembre 2003, la Corte estese la conclusione già formulata per il caso Centros alla controversia in esame, statuendo che la libertà di stabilimento ostava ad una normativa nazionale, come la

WFBV, che imponeva a società provenienti da altri ordinamenti determinate condizioni, relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori, previste dal diritto nazionale per la costituzione di un ente.

Inoltre aggiunte che *“con eccezione dei casi di frode, i motivi per i quali una società sceglie di formarsi in uno Stato membro piuttosto che in un altro sono irrilevanti ai fini dell’applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento: non costituisce, pertanto abuso, la scelta di costituirsi in uno Stato membro al solo scopo di godere di una legge più favorevole, anche se l’attività economica venga svolta interamente o prevalentemente in un altro Stato”*.

In conclusione la Corte non ritenne rilevante la circostanza che la società non conducesse nessuna attività nello Stato membro in cui aveva la sede legale e al contrario portasse avanti il suo business in quello dove stabiliva una succursale. Tale distinzione non poteva giustificare l’imposizione di misure giuridiche restrittive, in contrasto con i benefici delle disposizioni comunitarie in tema di diritto di stabilimento.⁵⁴

Veniva infine precisato, così come nella decisione *Überseering*, il *distinguishing* in base al quale rimaneva comunque valido il principio giuridico di *Daily Mail* sulle restrizioni “in uscita”.⁵⁵

➤ *Il caso Sevic (C 411/03)*

⁵⁴ I problemi del caso *Centros* in una recentissima sentenza della Corte di Giustizia: il caso *Inspire art*, in notizie, in *Riv. soc.* 2003, 5, pag 1157.

⁵⁵ F. M. MUCCIARELLI, *op.cit.* pag. 99.

Pochi anni dopo la pronuncia Inspire Art, la Corte di Giustizia tornò di nuovo ad occuparsi del tema della libertà di stabilimento. Nel caso Sevic però affrontò l'argomento delle fusioni transfrontaliere. La fattispecie può infatti essere assimilata ad un trasferimento di sede statutaria con mutamento di legge applicabile in quanto la società che viene incorporata da un'altra di un diverso ordinamento scompare come soggetto di diritto autonomo dello Stato di origine, ma la partecipazione dei soci, insieme anche a tutti i rapporti giuridici pendenti, transitano in capo alla incorporante.

La sentenza in esame riguardava il divieto nazionale rispetto alle incorporazioni "in arrivo". Nello specifico una società lussemburghese, la Security Vision Concept, e una tedesca, la Sevic System, deliberarono la fusione della prima nella seconda. Il diritto tedesco non consentiva tale operazione, né "in arrivo", cioè quando l'ente risultante fosse stato tedesco, né "in uscita". Per questo motivo venne rifiutata l'iscrizione della società post fusione dal giudice del luogo competente per la registrazione.

Sorta la controversia, l'autorità giurisdizionale locale sollevò la questione pregiudiziale e interrogò la Corte di Giustizia sulla legittimità di un tale rifiuto sulla base delle norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento. Venne dunque dichiarata la non compatibilità della disciplina tedesca relativa al divieto di fusioni "in arrivo" rispetto a quella comunitaria.

Il caso seguiva tra l'altro di pochi mesi l'approvazione della direttiva 2005/56 CE sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali, la quale risolveva molti dubbi e interrogativi sul tema e in particolare legittimava le

fusioni transfrontaliere tanto “in entrata” quanto “in uscita”, nel rispetto ovviamente della procedura dalla stessa prevista.⁵⁶

➤ *Il caso Cartesio (C 210/96)*

Vent'anni dopo la pronuncia Daily Mail la Corte di Giustizia tornò, nel 2008, ad occuparsi della materia in esame. Dall'analisi delle sentenze fino a questo momento considerate si può notare come il giudice europeo avesse avuto un atteggiamento diverso nelle differenti ipotesi di ostacoli posti dallo Stato “di origine” o da quello “di destinazione”. Mentre in riferimento ai primi si era dimostrato più indulgente, nel senso che ne aveva affermato la legittimità e aveva dunque ammesso restrizioni alla libertà di stabilimento, nei confronti dei secondi aveva sempre espresso una posizione molto più rigida dichiarandone al contrario la non compatibilità rispetto alle norme del Trattato.

Con la sentenza Cartesio invece si registrava un cambiamento di rotta nel senso di una riduzione degli ostacoli che l'ordinamento di partenza poteva imporre alle proprie società. Sotto un diverso punto di vista, poi, la decisione della Corte si presentava come veramente rivoluzionaria prevedendo, per la prima volta, la rottura del vincolo che legava un ente al suo paese di costituzione.

Il caso riguardava la Cartesio, società in accomandita semplice di diritto ungherese, con sede a Baja e ivi iscritta. Nel 2005 la stessa chiedeva la modificazione nel registro delle imprese della voce relativa alla sede, volendo trasferirla dall'Ungheria in Italia, precisamente a Gallarate. E' utile

⁵⁶ *Ibidem*, pag.99-102.

precisare che secondo la normativa ungherese la sede sociale indicata nello statuto, per la legge sulla registrazione delle società, doveva essere nel luogo in cui si trovava la sede amministrativa e la normativa che disciplinava le persone giuridiche era quella del luogo di registrazione.

Dunque l'impresa aveva deciso di trasferire sia la sede statutaria che amministrativa, ma non intendeva cancellarsi dal registro ungherese e "trasformarsi" in una società italiana. Il Tribunale competente rigettava l'istanza, affermando che il diritto ungherese non consentiva lo spostamento all'estero di una società che contestualmente volesse rimanere soggetta al diritto nazionale del paese di costituzione.

Sollevata la questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia esprimeva due principi di diritto. In primo luogo affermava l'impossibilità per le società comunitarie di trasferire all'estero la propria sede amministrativa senza mutare *lex societatis*. Si ripeteva infatti che gli enti esistevano solo in forza degli ordinamenti che li costituivano e quindi uno Stato membro poteva "non consentire ad una società soggetta al diritto nazionale di conservare tale status qualora questa intendesse riorganizzarsi in un altro".

In secondo luogo statuiva che la libertà di stabilimento impediva allo Stato di partenza di imporre lo scioglimento e la liquidazione ad una impresa che intendeva mutare statuto personale e "trasformarsi" in un tipo societario di un altro.⁵⁷ Questa restrizione infatti avrebbe costituito una violazione dell'articolo 49 TFUE, a meno che non fosse giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico.

57 P. MANZINI, F. M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario tra società e legislazione nazionale* in *Giurisprudenza Commerciale* 2009, fasc. 4 part. 2, pag. 614-616.

Ciò che risultava rilevante ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato non era dunque la delibera societaria di trasferimento della sede sociale o amministrativa ovvero la provenienza di un ente da un paese che adottasse la "teoria della sede reale" o la "teoria dell'incorporazione". Al contrario, secondo quanto sostenuto dalla CGE, si tutelava la volontà dello stesso ente di trasformarsi in un soggetto giuridico di un altro ordinamento regolato dalla relativa *lex societatis*.⁵⁸

2.4 Ulteriori considerazioni sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'evoluzione della Giurisprudenza della Corte sul tema della libertà di stabilimento è stata spesso al centro di discussione e di opinioni contrastanti tra i vari commentatori. Alcuni hanno rinvenuto nelle pronunce esaminate nelle pagine precedenti la sostanziale affermazione del principio di libertà di stabilimento e il conseguente diritto di scegliere in quale ordinamento europeo localizzare una società. Da questa conclusione la dottrina ha tratto una deroga alle norme nazionali di conflitto nella misura in cui queste facciano riferimento alla teoria della sede reale.

E' giusto sottolineare l'impatto che tali decisioni possano esercitare in materia di mobilità degli enti giuridici. Inoltre le posizioni assunte dalla Corte, sebbene vincolanti soltanto nel caso concreto (sul quale intervengono in via pregiudiziale in forza del rinvio effettuato dal giudice nazionale) influiscono sulla concreta applicazione delle norme interpretate.

58 F. M. MUCCIARELLI, *op.cit.* pag.106-107.

Nonostante questo, altra parte della dottrina pare avere una visione più cauta delle implicazioni derivanti dai giudizi analizzati. Innanzitutto si nota che le aperture assunte dalla Corte sono state solamente parziali, dal momento che non è stato abbandonato il differente trattamento, già considerato, nei confronti delle restrizioni “in entrata” o “in uscita” rispetto alla libertà di stabilimento.⁵⁹

Alcuni commentatori poi esprimono un’idea ancora diversa, rinvenendo, quale frutto delle pronunce, una terza teoria da affiancare a quella “dell’incorporazione” e della “sede reale” ovvero la “teoria della costituzione comunitaria”.⁶⁰ Secondo questa impostazione, quando una società si costituisce secondo l’ordinamento di uno Stato membro, tutti gli altri sono tenuti ad ammetterla sul loro territorio, nonostante la perdita della qualificazione giuridica relativa al diritto del paese di costituzione. Quest’ultimo, d’altra parte, una volta che l’ente abbia mutato la localizzazione dell’amministrazione centrale o il centro di attività principale al di là degli originari confini, non ha più alcun potere di riconoscimento né di accesso nei suoi confronti.

Infine è necessaria un’ultima riflessione relativa all’evoluzione del quadro normativo europeo. Abbiamo notato come nella decisione del caso Daily Mail la Corte avesse ancorato la posizione assunta allo “stato attuale del diritto comunitario”. Oggi però, rispetto all’epoca della sentenza, si registra nella prospettiva di riferimento un mutamento rilevante al fine di una risoluzione dei problemi sollevati dal trasferimento della sede. In

59 *Ibidem*, pag. 108.

60 A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale in Contratto e Impresa n.3/2006* pag.771.

particolare si devono considerare l'adozione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali e il tipo della Società Europea.⁶¹

2.5 La disciplina delle fusioni transfrontaliere. Premesse

Nel passare in rassegna le pronunce più significative della Corte di Giustizia, abbiamo considerato il caso *Sevic*, nel quale si trattava l'argomento delle operazioni transnazionali non con riferimento al trasferimento della sede, ma alle fusioni transfrontaliere. Vale la pena ribadire come quest'ultimo istituto possa essere assimilato al primo con riguardo agli effetti prodotti: mutamento della legge societaria applicabile e incorporazione in uno Stato diverso da quello di origine.

La controversia inoltre era stata decisa alcuni giorni prima dell'entrata in vigore della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere⁶² delle società di capitali, la quale si proponeva il compito di colmare la importante lacuna normativa in tale materia.

Questa si poneva tra gli interventi di riavvicinamento delle legislazioni volti a rendere effettiva la libertà di stabilimento delle persone e delle società all'interno dei confini dell'Unione, garantendo in particolare

61 *Ibidem*, pag.769-771.

62 Secondo A. A. CARDUCCI, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2008, fasc. 6 pt 1, pag. 1198: "da un punto vista terminologico sembra più appropriato parlare di fusioni intracomunitarie, dato che l'ambito di applicazione della direttiva è limitato ad operazioni che hanno luogo entro i confini dell'Unione stessa".

la tutela del lavoro e la libera circolazione delle ricchezze nel mercato.⁶³ L'obiettivo era quello di mettere a disposizione delle società di capitali di medie e grandi dimensioni uno strumento che consentisse loro di operare in più di uno Stato membro alternativamente all'adozione dello statuto di Società Europea (SE).⁶⁴

In linea generale l'atto comunitario intendeva predisporre una regolamentazione minimale uniforme, rinviando per larga parte alle legislazioni nazionali, in modo da incentivare il fenomeno della competizione tra ordinamenti.⁶⁵ La direttiva si inseriva nella scia degli interventi volti a modernizzare il diritto societario europeo, mirando a favorire lo sviluppo dei mercati interni dei paesi membri dell'Unione da una parte e le alleanze e forme di cooperazione tra società di diversa nazionalità dall'altra, con conseguente aumento del livello di competitività rispetto alle imprese operanti nei mercati extracomunitari.⁶⁶

La procedura da predisporre non si presentava eccessivamente complessa tramite l'assimilazione della fattispecie di fusione transfrontaliera a quella applicabile alle operazioni di concentrazione tra enti entro i confini domestici. Una volta costituito il nuovo soggetto di diritto poi, si doveva applicare la legislazione dello Stato membro in cui questo avesse posto la propria sede. Era evidente la volontà del legislatore comunitario di apprestare uno strumento normativo snello che da un lato

63 *Ibidem*, pag. 1194.

64 D. LIAKOPOULOS, G. MANCINI, *La direttiva n.2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n.3/ 2008 pag.8.

65 A. A. CARDUCCI, *op.cit.* pag.1195.

66 *Ibidem*, pag.1196.

garantisce adeguata tutela agli azionisti e ai terzi e aumentasse l'efficienza e la libertà di movimento delle società europee dall'altro.

Particolare attenzione merita poi il tema della protezione assicurata ai lavoratori delle imprese partecipanti alla fusione.⁶⁷

Inoltre, come vedremo trattando dell'ambito di applicazione della direttiva, la regolamentazione veniva assicurata non solo alle società per azioni, ma anche agli enti che "indossavano" differenti vesti societarie come le società a responsabilità limitata.⁶⁸

Nel nostro ordinamento la direttiva è stata attuata con il decreto legislativo n.108 del 2008⁶⁹, al quale quindi è necessario riferirsi per analizzare molti aspetti rilevanti della disciplina.

2.6 Il lungo iter per l'adozione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere di società di capitale

La redazione della direttiva in esame è stata oggetto di un lungo iter politico-dottrinale il quale testimonia la rilevanza della stessa e l'impegno profuso dal legislatore comunitario per la sua realizzazione. La XIV direttiva infatti rappresenta il risultato di un articolato percorso, iniziato oltre quarant'anni fa.

⁶⁷ Dato anche il limite alla libertà di stabilimento per motivi di ordine pubblico ex art 52TFUE.

⁶⁸ D.LIAKOPOULOS,G.MANCINI, *op.cit.* pag.8.

⁶⁹ In seguito la direttiva 109/2009 ha modificato la direttiva 2005/56 per quanto riguarda gli obblighi in materia di relazioni e di documentazione in caso di fusioni e scissioni, attuata dal d.lgs. 22 giugno 2012 n.123. E' stata successivamente adottata la direttiva n.17 del 2012, che modifica le precedenti in materia di interconnessione dei registri centrali,commerciali e delle imprese.

Addirittura al 1965 risale la prima proposta inviata dalla Commissione ai governi dei singoli Stati membri in relazione alle fusioni transfrontaliere tra imprese di Paesi differenti.

Due anni più tardi, contemporaneamente ai lavori che avrebbero portato all'emanazione della III direttiva n. 78/855/CEE in tema di fusioni (la quale avvicinava ma non uniformava le legislazioni nazionali), sulla base dell'articolo 293 del Trattato CE, una commissione di esperti e rappresentanti governativi venne incaricata di stilare una convenzione che facilitasse l'attuazione di fusioni tra società di diversa nazionalità. Questa rappresentò il punto di partenza nel 1973 per un nuovo progetto di convenzione in materia, subito abbandonato, e che invece aprì la strada a quella che sarebbe dovuta divenire la X Direttiva societaria riguardante le fusioni transfrontaliere.

La scelta di optare per una fonte come la direttiva da parte delle istituzioni comunitarie permetteva una maggiore flessibilità in quanto gli Stati avrebbero potuto applicare, qualora non diversamente disposto, la direttiva n. 78/855 relativa alle fusioni nazionali di società per azioni. Inoltre si cercò di semplificare la normativa ridimensionando il numero delle disposizioni che passavano da 69 a solamente 17.

La disciplina della X Direttiva presentava un carattere variegato e garantista ma nonostante questo non venne mai vista con favore da parte del Parlamento. In particolare gli ostacoli maggiormente percepiti erano la difformità della disciplina fiscale tra i vari ordinamenti in riferimento alla

fusione e la mancanza di un accordo sul grado di tutela da apprestare ai lavoratori delle società coinvolte nell'operazione.⁷⁰

La proposta di X Direttiva venne quindi cancellata dall'agenda dei lavori della Commissione nel 2001. Il progetto del legislatore comunitario non voleva però essere abbandonato e nel 2003 si è realizzata la proposta che avrebbe finalmente condotto proprio alla XIV Direttiva. Questa, come frutto di un processo di formazione così faticoso, dimostra di essere il risultato della combinazione di diverse normative precedenti: la direttiva sulle fusioni di spa, il regolamento sullo statuto della SE e le direttive relative al coinvolgimento dei lavoratori e al regime fiscale applicabile che lo completano.

Infine all'interno del già considerato *Action Plan* del 12 dicembre 2012 in materia societaria e di corporate governance, una parte è dedicata al "miglioramento del meccanismo per le fusioni transfrontaliere". In quella sede si è riconosciuto il grande passo avanti compiuto dalla direttiva in esame in vista di una più agevole mobilità delle società nell'Unione. Allo stesso tempo però si esprime anche l'esigenza di intervenire nella medesima al fine di migliorarne le norme procedurali, in particolare modificando alcune disposizioni fonte di incertezza e complessità.⁷¹

2.7 I tratti distintivi della disciplina

⁷⁰ In questi termini: D. LIAKOPOULOS, G. MANCINI, *op. cit.*, pag.8-10; A. A. CARDUCCI, *op. cit.*, pag.1198.

⁷¹ P. MARCHETTI, *op.cit.* pag.240.

Il principio che aveva ispirato l'elaborazione della disciplina in esame doveva ritrovarsi nella possibilità e necessità di dotare tutte le società di capitali di uno strumento giuridico che eliminasse ogni ostacolo alle fusioni. In particolare ciò che premeva maggiormente era la riduzione dei costi legati all'operazione, in modo da contribuire anche ad un clima generalizzato di certezza giuridica. Ciò per cui principalmente il contenuto della XIV Direttiva si differenzia rispetto ai precedenti interventi legislativi è il campo di applicazione, le fonti legislative di riferimento sia nazionali che di diritto comunitario derivato, e la tutela delle minoranze.

➤ *L'ambito di applicazione*

Con riferimento all'ambito di applicazione, dobbiamo distinguerne uno oggettivo e uno soggettivo. Sotto il primo punto di vista sono regolamentate dalla normativa le forme di fusione già previste dalla III Direttiva comunitaria, ovvero quelle per incorporazione e quelle con costituzione di nuova società.

Questo viene espressamente dichiarato nell'articolo 2 in cui si precisa che con il termine "fusione" si faccia riferimento sia alla circostanza in cui "una o più società trasferiscano, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società preesistente" sia all'eventualità che, nelle medesime circostanze "due o più società (lo) trasferiscano ad una società da loro costituita"⁷². Viene prevista poi anche l'ipotesi in cui l'incorporante detenga il 100% delle partecipazioni della incorporata.

Da un punto di vista soggettivo invece la nuova normativa si rivolge volutamente a tutte le tipologie di società di capitali, con un quadro di

72 D. LIAKOPOULOS, G. MANCINI, *op.cit.* pag.14.

riferimento quindi molto più allargato rispetto a quanto previsto dalla III Direttiva.

L'articolo 1 infatti dispone che il provvedimento comunitario ha ad oggetto la fusione di società di capitali, due delle quali disciplinate dalle leggi societarie di diversi ordinamenti, e in particolare le società di cui all'articolo 1 della direttiva 68/151/CEE che per il nostro paese sono le s.p.a. , le s.a.p.a. e le s.r.l. A queste si aggiungono tutte le imprese che rispettino le condizioni di garanzia previste dalla medesima a tutela degli interessi di dei socie d dei terzi. E' comunque indiscutibile che tali enti debbano disporre di capitale sociale, personalità giuridica e di un patrimonio distinto con il quale far fronte alle obbligazioni.⁷³ Con riguardo alle società cooperative è stata prevista l' opzione, ad eccezione per quelle a mutualità prevalente, di avvalersi della disciplina.

➤ *Le fonti legislative di riferimento*

In riferimento al diritto applicabile alle operazioni di fusione, ad una prima lettura la Direttiva in questione sembra non apparire coerente con le finalità di omogeneizzazione delle normative nazionali a cui era destinata. Questo si può desumere dal frequente richiamo e applicazione della disciplina di ciascun paese coinvolto nell'operazione, con l'aggiunta di regole dovute al carattere transfrontaliero della stessa.⁷⁴

Il legislatore comunitario ha preferito non ricondurre tutte le diverse normative ad una; la scelta è forse da collegare al rispetto del principio di

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ A. A. CARDUCCI, *op.cit.* pag. 1202.

sussidiarietà. In virtù di tale principio l'Unione può legiferare a riguardo di materie che non sono di sua esclusiva competenza solo se gli obiettivi posti dal Trattato possono essere più efficacemente raggiunti a livello comunitario in ogni caso non potendo intervenire in modo eccedente rispetto a quanto strettamente necessario.⁷⁵

Il legislatore comunitario per esempio ha ritenuto più opportuna l'applicazione della normativa dei vari ordinamenti coinvolti in riferimento alla tutela da apprestare ai creditori e agli obbligazionisti delle società partecipanti all'operazione. La Direttiva infatti richiama a tale riguardo la disciplina prevista dalla *lex societatis* delle diverse imprese interessate. Ogni ordinamento è tenuto quindi a predisporre particolari forme di protezione per questi soggetti, ulteriori rispetto a quelle garantite nei casi di fusioni "domestiche", dato l'aggiuntivo pericolo del mutamento di statuto personale della società debitrice.⁷⁶

➤ *La tutela garantita ai soci di minoranza*

Anche con riferimento alla tutela dei soci di minoranza, sono le legislazioni nazionali di recepimento della direttiva, in base all'articolo 4 n. 2, a poter prevedere forme idonee di protezione per coloro i quali "si siano opposti" alla fusione transfrontaliera. Con tale espressione si intendono quei componenti della compagine sociale che non hanno acconsentito all'operazione. Il diritto di opposizione, il quale potrebbe apparire un valido strumento di protezione in sé, è di solito però destinato a conservare le garanzie patrimoniali di soggetti terzi rispetto alla base azionaria.

⁷⁵ D. LIAKOPOULOS, G. MANCINI, *op.cit.* pag.15-16.

⁷⁶ F. M. MUCCIARELLI, *op.cit.* pag.135-136.

Il decreto legislativo 108/2008 prevede all'articolo 5 il diritto di recesso per il socio non consenziente. Si ricorda che per le fusioni interne il diritto di recesso è accordato con riferimento alle società di persone (art 2502 c.c.) e alle s.r.l. (art 2473 c.c.) ed in genere nelle fusioni che comportino l'esclusione dalle quotazioni (art 2437-quinquies c.c.). Tra le ipotesi di recesso previste per le s.p.a. vi è anche il trasferimento della sede sociale all'estero, che si determina nel caso di fusione transfrontaliera .

2.8 La procedura di fusione

La procedura di fusione viene dettagliatamente descritta negli articoli 5 e seguenti della direttiva. Il punto di partenza è la redazione di un progetto comune da parte degli organi di amministrazione e direzione di ciascun ente partecipante all'operazione. I singoli Stati possono poi introdurre ulteriori vincoli e forme di tutela. Nel progetto devono essere inseriti alcuni dati, tali da consentire ai creditori, agli obbligazionisti ed ai soci di minoranza un previo giudizio sull'opportunità di ricorrere ai rimedi loro riconosciuti⁷⁷. In particolare si rendono noti la forma, la denominazione e la sede statutaria delle società partecipanti e di quella risultante, la data a partire dalla quale gli shareholders avranno diritto a percepire gli utili, eventuali conguagli, il concambio dei titoli e delle quote.

Quest'ultimo risulta essere un aspetto di fondamentale rilevanza, dato che l'interesse dei soci alla fusione si basa essenzialmente sulla convenienza dei rapporti di cambio. Per questo motivo sono di solito organi esterni alle aziende coinvolte ad esprimere una valutazione a riguardo.

⁷⁷ A. A. CARDUCCI, *op. cit.*, pag.1203.

Ulteriori informazioni rilevanti contenute nel progetto concernono i risvolti a livello occupazionale, le modalità di coinvolgimento dei lavoratori e la definizione dei loro diritti, le attività e le passività trasferite alla società risultante dalla fusione, la data a partire dalla quale le operazioni dell'ente saranno riconducibili a questo. Almeno un mese prima dell'approvazione del progetto ne è prescritta la pubblicità nei registri delle imprese in cui risultano iscritte le società coinvolte.

Ulteriori documenti da redigere sono la relazione predisposta da parte degli organi di amministrazione e direzione interessati, e quella degli esperti indipendenti. In riferimento alla prima deve essere messa a disposizione dei soci e dei rappresentanti dei lavoratori almeno un mese prima dell'approvazione, in modo tale da rendere loro noti gli aspetti giuridici ed economici rilevanti dell'operazione e le conseguenze per i vari soggetti coinvolti. Anche la seconda dovrà essere accessibile alla compagine sociale entro lo stesso termine. Gli "esperti" verranno nominati dagli enti stessi, anche se è possibile una loro designazione da parte delle autorità giudiziarie o amministrative in un'ottica di riduzione dei costi. L'operato degli esperti in ogni caso non è richiesto se i soci, all'unanimità, vi rinunciano.⁷⁸

Il progetto di fusione dovrà passare poi al vaglio dell'assemblea generale di ciascuna azienda coinvolta e l'organo sociale, qualora lo ritenesse necessario, potrebbe pretendere l'approvazione delle condizioni di partecipazione dei lavoratori nell'ente risultante, subordinando a tale aspetto l'esito della operazione stessa. Sono previste alcune circostanze in cui l'approvazione assembleare obbligatoria può essere omessa

78 D. LIAKOPOULOS, G. MANCINI, *op. cit.*, pag.18.

(incorporazioni di società interamente possedute(ex art 15), o casi di incorporazione in cui siano state osservate adeguate forme di tutela (ex art 8)).

In seguito la procedura prevede due controlli di legittimità, il primo effettuato dalle autorità nazionali delle imprese partecipanti (le quali rilasceranno un certificato preliminare) e che ha per oggetto la fase deliberativa di ogni singola società. Il secondo invece è di competenza dell'autorità dello Stato in cui si localizzerà la sede della risultante azienda e riguarda la corrispondenza tra i progetti approvati dalle partecipanti e, ricorrendone i presupposti, il rispetto delle modalità di partecipazione dei lavoratori. Nel caso del nostro Paese, l'autorità preposta sarà il notaio verbalizzante.⁷⁹

Per quanto concerne l'individuazione del momento a partire dal quale la fusione transfrontaliera produrrà i suoi effetti, la direttiva ne rimette agli Stati membri la definizione. Il legislatore delegato italiano ha previsto la sua coincidenza con l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione, ma permettendo di stabilire una diversa data nel caso di fusione per incorporazione.⁸⁰

Inoltre viene stabilita, in riferimento al regime di pubblicità, una forma di coordinamento tra i registri delle imprese dei diversi Paesi. Infatti il registro dello Stato in cui ha sede la risultante dall'operazione, deve "immediatamente" notificare agli altri uffici interessati la raggiunta efficacia della fusione (ex art 13). Questo è necessario ai fini della cancellazione delle imprese nei registri di origine. Quando tutte le società

⁷⁹ A. A. CARDUCCI, *op.cit.* pag.1207.

⁸⁰ *Ibidem*, pag. 1208 ,1223.

partecipanti non risulteranno più iscritte nei rispettivi registri, l'intera operazione potrà considerarsi conclusa e potranno iniziare a dispiegarsi i relativi effetti.⁸¹

La direttiva inoltre offre particolare attenzione alle garanzie a favore dei lavoratori, con il fine del mantenimento dei medesimi diritti da questi goduti. La società risultante dalla fusione sarà sottoposta alla normativa concernente la partecipazione dei lavoratori vigente nello Stato membro ove si situa la sede sociale. Una deroga è però prevista al ricorrere di determinate condizioni. In questi casi si dovranno applicare le norme ispirate ai principi contenuti nel regolamento e nella direttiva SE. Si aggiunge poi che “ se almeno una delle società che partecipano alla fusione è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori” e si verificano le condizioni per cui tale partecipazione debba essere mantenuta, la società risultante dalla fusione “è obbligata ad assumere una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione”(ex art. 16 par. 6) . L'introduzione nel nostro ordinamento di regole volte ad assicurare la partecipazione dei lavoratori nella gestione è dunque una condizione imprescindibile per la realizzazione di questo tipo di operazione laddove la risultante società abbia la sede in Italia e si verificano le condizioni che impediscono una modifica in peius delle posizioni dei lavoratori stessi.⁸²

In conclusione, la direttiva in esame rappresenta un passo molto significativo nell'ottica della possibilità per le società di mutare statuto personale; la stessa elimina poi ogni ostacolo frapposto precedentemente dalle normative nazionali alle fusioni transfrontaliere. In questo modo, le

81 D. LIAKOPOULOS, G. MANCINI, *op.cit.* pag.19-20.

82 A. A. CARDUCCI, *op.cit.* pag.1213.

società di capitali europee hanno a loro disposizione uno strumento per il trasferimento della sede all'estero, ossia cambiare legge societaria applicabile, anche nel caso in cui il paese di incorporazione e quello di destinazione non ammettano le "trasformazioni internazionali". L'ente comunitario potrà infatti costituire una controllata nel luogo d'arrivo per poi incorporarsi con essa.⁸³

2.9 Il trasferimento di sede nell'ordinamento italiano

Se fino a questo momento abbiamo trattato il tema del trasferimento della sede (e degli strumenti giuridici alternativi che permettono il medesimo risultato quali le fusioni transfrontaliere) in una prospettiva principalmente concentrata sul diritto europeo, veniamo adesso a focalizzare l'attenzione sull'ordinamento italiano. Come avremo modo di analizzare nel dettaglio, il panorama offerto dal legislatore nazionale non risulta assolutamente chiaro ed esaustivo sull'argomento. Non troveremo alcuna disposizione che illustri in modo completo la procedura che un operatore è tenuto ad adottare per realizzare uno spostamento di localizzazione della propria sede amministrativa. Ciò che ci proponiamo è allora una carrellata delle norme che si occupano, direttamente o indirettamente, dell'oggetto della nostra trattazione, nel tentativo di ricostruire, anche per mezzo dell'operato della giurisprudenza, un quadro più definito sulla disciplina applicabile.

Nell'introdurre l'argomento relativo al carattere articolato del concetto di "sede", avevamo già preso in considerazione il diritto nazionale

83 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.133-134.

interrogandoci sull'esistenza o meno di un certo "principio di effettività" che prescrivesse la coincidenza tra sede statutaria e amministrativa. La risposta era stata negativa. Allo stesso tempo avevamo sottolineato come molte e diverse disposizioni normative impiegassero il termine sede con molteplici accezioni, tali da renderne più difficoltosa un'univoca definizione.

Tra queste disposizioni, troviamo quelle di diritto societario internazionale. Il nostro ordinamento ha introdotto una previsione specifica sulla legge applicabile alle società solo con la legge n.218 del 1995. Prima di allora, le norme principali in materia erano contenute negli articoli 2505 e 2509 del codice civile (entrambi abrogati dalla suddetta legge di riforma). Il primo prevedeva l'applicazione del diritto nazionale a tutte le società costituite all'estero ma aventi in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale dell'attività. Il secondo invece recitava : "le società che si costituiscono nel territorio dello Stato, anche se l'oggetto della loro attività è all'estero, sono soggette alla legge italiana".

All'epoca il dibattito di dottrina e giurisprudenza, si concentrava però principalmente sugli effetti della prima disposizione citata, e sulla possibilità o meno di consentire il riconoscimento delle società straniere sul territorio nazionale.⁸⁴ Al contrario, il tema del trasferimento all'estero della sede risultava più controverso o comunque meno approfondito. Alcuni autori riconducevano il diritto nazionale alla "teoria della sede reale", sostenendo che sulla base dell'articolo 2509 c.c. le società italiane avrebbero potuto trasferire all'estero l'oggetto sociale o la sede amministrativa senza dover cambiare statuto e nazionalità. Altri, che

84 *Ibidem*, pag. 156.

privilegiavano la “teoria dell’incorporazione” erano portati a negare l’ammissibilità del mutamento di *lex societatis* a seguito della diversa localizzazione. Altri ancora vedevano come presupposto fondamentale per l’applicazione del diritto italiano la presenza sul territorio della sede sociale statutaria, dal momento che si prescriveva l’iscrizione presso il registro delle imprese nella cui circoscrizione questa è situata. Per tale motivo, laddove con il trasferimento la sede legale venisse a trovarsi all’estero, si sarebbe dovuta applicare la legge del paese di destinazione. Risulta chiaro che la discussione sul tema si trovava ancora agli arbori, e necessariamente c’era bisogno di approfondire e chiarire la materia.⁸⁵

Intervento importante fu allora la suddetta legge di riforma del diritto internazionale privato, l. 218/1995. Il principio fondamentale è contenuto nell’articolo 25 il quale, al primo comma, recita: *“le società[.] sono disciplinat[e] dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica tuttavia la legge italiana se la sede dell’amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l’oggetto principale di tali enti.”* La norma sembra, ad una prima lettura, affermare l’appartenenza del nostro Paese alla famiglia degli ordinamenti che seguono la “teoria dell’incorporazione”, in particolare facendo riferimento al luogo di originaria costituzione dell’ente. L’ultima parte del comma però, introduce un correttivo, stemperando la rigidità della regola e assegnando rilevanza anche al localizzarsi in Italia della sede amministrativa o dell’oggetto principale di società incorporate all’estero.⁸⁶

⁸⁵ *Ibidem*, pag. 158-159.

⁸⁶ *Ibidem*, pag.159.

Con riguardo all'ambito di applicazione della *lex societatis* individuata, dispone, a titolo meramente indicativo, l'articolo 25 al secondo comma. La locuzione "in particolare" posta all'inizio della norma, evidenzia infatti che l'elencazione non è tassativa. Si può però affermare come la disciplina apprestata non riguardi solo il momento genetico dell'ente e la sua capacità generale, ma anche i profili funzionali come la capacità di agire, comprendendo, più in generale, le vicende della vita sociale.⁸⁷

Dobbiamo però precisare che tale norma, a seguito della giurisprudenza della Corte di Giustizia (precedentemente analizzata), non si può ritenere più applicabile alle società costituite entro i confini dell'Unione Europea o dell'EEA. Sarebbe contrario al principio della libertà di stabilimento, così come riconosciuto dalle sentenze dell'istituzione comunitaria stessa, porre da parte del paese di arrivo regole più severe rispetto a quello di costituzione, a meno che queste siano giustificate dalle previsioni dell'articolo 52 TFUE.⁸⁸

In ogni caso la disposizione contenuta nel primo comma dell'articolo 25 deve essere presa in considerazione per l'individuazione delle società che possano considerarsi "italiane". Per costituire una società che sia retta

87 F. FIMMANO', *Trasferimento della sede all'estero e principio di incorporazione*, nota a *d. Trib. Verona*, 5 dicembre 1996, in *Società* 1997, pag.575.

88 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.* pag 160; si esprimono per l'implicita abrogazione della seconda parte del comma 1 dell'art. 25 l.218/1995, MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. inter. proc. civ.*, 2003, pag.39, con rinvio a BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. inter. proc. civ.*, 2001, pag.619; PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Correre giur.*, 2003, pag.148; AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. comm. internazionale*, 2003, pag.700 con richiamo a CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di legge e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. internazionale*, pag.89 ed in particolare pag.94 nonché PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, 2004, pag.361 che rileva coerentemente anche l'implicita abrogazione del comma 3 dell'art. 25.

dal nostro diritto nazionale, le parti devono fissare sul territorio la sede sociale statutaria e iscrivere l'ente nel corrispondente registro delle imprese, con l'osservanza dei presupposti e delle regole procedurali indicate nel codice civile.⁸⁹ Bisogna però precisare (come già chiarito trattando del concetto di "sede") che ciò che principalmente rileva non è il "luogo fisico" in cui si costituisce un ente, ma il fatto che un determinato ordinamento ne abbia disciplinato la formazione con la propria *lex societatis* e continui ad assoggettarlo a tale legge.⁹⁰

L'articolo 25 della l. 218/1995 si conclude con il terzo comma, il quale affronta espressamente il tema del trasferimento della sede sociale "statutaria", affermando che "[i] trasferimenti della sede statutaria [...] hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati". La norma riguarda sia il Paese in cui la società aveva originariamente la sede, sia quello in cui si va a collocare successivamente, sia l'ordinamento della *lex societatis* applicata, nel caso in cui differisca dai primi due (anche se ciò interessa raramente le persone giuridiche, dato la coincidenza tra sede sociale, registro e *lex societatis*).⁹¹

La disposizione in esame però, non ci aiuta molto nell'analisi dei problemi sollevati da una diversa localizzazione. Innanzitutto non rappresenta una norma di conflitto che individui la legge applicabile alla società in seguito al trasferimento della sede, ma si tratta di una norma

89 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag. 160.

90 In questi termini M. V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, 39 ss., P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, 116 s. e spec. n. 54.

91 M. V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, pag. 98.

materiale che configura un elemento del più ampio coordinamento che il nostro sistema giuridico realizza con quelli stranieri.⁹²

La previsione pone cioè una condizione di efficacia dei trasferimenti di sede e delle fusioni transfrontaliere: tali operazioni produrranno l'effetto loro proprio, nell'ordinamento italiano, solo se vengono rispettate le norme, tanto sostanziali quanto di diritto internazionale privato, di tutti gli "Stati interessati" in particolare quindi quello d'origine e di arrivo. Questo potrà essere possibile solo laddove gli ordinamenti considerati contengano norme relative al trasferimento di sede compatibili tra di loro.

L'operatore giuridico dunque, nel caso voglia attuare un trasferimento in Italia o dall'Italia della sede sociale, o intenda ottenere nel nostro Paese il riconoscimento di un'operazione che ha interessato solamente Stati stranieri, dovrà preliminarmente ricostruire le discipline applicabili in tutti gli ordinamenti in rilievo e verificare, da un lato, che le stesse non siano tra loro in contrapposizione, dall'altro che vengano rispettate in concreto.⁹³

A tale proposito, alcuni commentatori ritengono che anche il terzo comma dell'articolo 25 si debba considerare implicitamente abrogato giacché potrebbe determinare effetti in contrasto con la libertà di stabilimento, a causa della difficoltà di imporre ulteriori requisiti ai trasferimenti entro i confini comunitari, rispetto a quelli previsti dal "paese

92 M. V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle Società*, 2010, fasc.6, pag. 1267.

93 *Ibidem*.

di destinazione”(nel caso in cui l'Italia fosse lo Stato di costituzione della società).⁹⁴

Infine, si ritrovano all'interno del codice civile ulteriori disposizioni, le quali danno disciplina e dunque ammettono le <<trasformazioni societarie internazionali>> per le società di diritto italiano. Si tratta innanzitutto dell'articolo 2369 comma 5,c.c. che prevede una maggioranza qualificata per la delibera dell'assemblea straordinaria, organo competente, della società per azioni concernente il “trasferimento della sede sociale all'estero”. Il dettato normativo infatti prevede “per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il voto favorevole, anche in seconda convocazione, di più di un terzo del capitale sociale.”

L'articolo 2437 comma primo, lett. c), c.c., attribuisce poi un diritto di recesso ai soci che non hanno concorso a tale delibera. La disposizione viene applicata anche alle società in accomandita per azioni, in virtù del rinvio contenuto all'articolo 2454 c.c.. L'articolo 2473 c.c., invece, espressamente riconosce, anche se con una formulazione diversa, un diritto di recedere ai soci “che non hanno consentito[.]al trasferimento della sede all'estero” in relazione a società a responsabilità limitata.⁹⁵

➤ *Giurisprudenza, prassi applicativa e dottrina*

Dopo aver ricostruito lo scarno quadro normativo italiano relativo al trasferimento della sede sociale all'estero, pare opportuno interrogarsi sulla

94 In questi termini, M. V. BENEDETTELLI, *Mercato comunitario delle regole, cit.*, pag.711; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, pag.111.

95 E. WYMEERSCH, *op .cit.*, pag.733; M. V. BENEDETTELLI, *Il trasferimento della sede sociale all'estero, cit.*, pag.1266.

possibilità o meno di mutare *lex societatis* senza dover passare dalla liquidazione e dallo scioglimento offerta alle aziende dal nostro ordinamento. A tale riguardo, è importante prendere in considerazione i contributi dati dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalla prassi degli affari, nel tentativo di rendere più definita la prospettiva di riferimento.

Dal primo punto di vista, la giurisprudenza prevalente appare negare l'ammissibilità del mutamento di legge societaria applicabile, anche se le decisioni di volta in volta emesse sono tra loro eterogenee e le conseguenze del trasferimento di sede non uniformi.⁹⁶

In un decreto in giudizio di omologa di atto costitutivo del 1996⁹⁷, il tribunale di Verona si pronunciò in relazione alla vicenda di una società a responsabilità limitata che intendeva trasferire la sede sociale a Londra con la volontà di acquisire conseguentemente la nazionalità inglese. Il tribunale riconobbe la legittimità dell'operazione ma sottolineò come il principio dell'incorporazione vigente nei paesi di tradizione anglosassone non consentisse la perdita automatica della nazionalità e il venir meno della disciplina italiana. Non è chiaro però, se la decisione sarebbe risultata diversa nel caso in cui il paese di destinazione avesse fatto scelte differenti accogliendo un diverso criterio di diritto internazionale privato.⁹⁸

Significativi anche due decreti del tribunale di Alessandria e della Corte d'Appello di Torino del 1995. Il caso riguardava una società italiana che intendeva trasferire la sede sociale in Svizzera e re-iscriversi nel registro delle imprese del paese di destinazione. Il giudice dichiarò la

96 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.167.

97 Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Le società*, 1997, 574 ss.

98 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag. 167.

delibera assembleare illegittima e non omologabile.⁹⁹ Si faceva riferimento all'articolo 25 della legge 218/1995 in base al quale le società italiane sono disciplinate dalla legge dello Stato di costituzione e di conseguenza non era ammissibile la trasformazione in un tipo societario non previsto dal nostro ordinamento.

Ancora più rigide le pronunce che si fondano sul principio di immutabilità dello statuto personale le quali fanno dipendere dallo spostamento della sede legale e dal conseguente cambiamento della legge applicabile, lo scioglimento dell'ente. Un primo esempio è offerto dalla decisione della Corte d'Appello di Trieste¹⁰⁰ in cui veniva rifiutata l'omologazione della delibera di trasferimento. Si sottolineava in particolare come i soci non avessero la piena disponibilità nel sottoporre la società ad una diversa disciplina e che tale mutamento di nazionalità o "denazionalizzazione", con le parole del giudice, comportasse effetti estintivi in quanto implicante conseguenze di maggior impatto rispetto a quelle nelle ipotesi ordinarie di scioglimento stesso.¹⁰¹

Una seconda decisione in tal senso venne presa dalla Corte di Cassazione¹⁰², in riferimento ad una questione di giurisdizione. Il caso in esame riguardava una società romana che aveva trasferito la sede in Lussemburgo, dove aveva provveduto ad iscriversi nel relativo registro. L'ente veniva trasformato quindi in un tipo societario proprio del paese di

99 Dal 2000, in seguito alla sostituzione dell'omologazione con il controllo del notaio, quest'ultimo avrebbe dovuto rifiutare l'iscrizione della delibera.

100 App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. not.*, 2000,167 ss.

101 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.168-169.

102 67 Cass., S.U.23 gennaio 2004, n.1244, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005.

arrivo. La Suprema Corte ritenne il mutamento dello statuto personale contrario all'articolo 25, comma 1 della legge 218/1995 . I due ordinamenti coinvolti non sembravano quindi concordare sugli effetti dell'operazione e ciò, secondo la Corte, rientrava nella fattispecie prevista al comma terzo dello stesso articolo 25. In particolare il giudice di merito ritenne che in base a tale comma, qualora il trasferimento non è posto in essere in conformità alla legge di tutti gli Stati interessati, sia "inefficace" nel senso di impedire la continuità della persona giuridica e comportandone quindi lo scioglimento.

In realtà questa interpretazione non è facile da condividere e appare forzata, dal momento che al realizzarsi dei presupposti descritti dal terzo comma dell'articolo 25, l. 218/1995, l'inefficacia dovrebbe riguardare la sola delibera di trasferimento, senza coinvolgere l'esistenza del soggetto giuridico considerato.¹⁰³

Altre pronunce al contrario, sembrano affermare l'ammissibilità del mutamento di *lex societatis* applicabile in virtù di un trasferimento di sede. In un caso del 2002 concernente la giurisdizione, il tribunale di Monza¹⁰⁴ si dichiarò incompetente a giudicare su un ricorso relativo ad una società che aveva spostato la sede legale dall'Italia alla Nigeria. Il giudice quindi mosse dal presupposto che la diversa localizzazione comportasse automaticamente il cambiamento di legge applicabile. L'argomentazione però formulata non si può condividere pienamente. Il tribunale affermava infatti che l'articolo 25 terzo comma 1. 218/1995 faceva riferimento alla disciplina del luogo di costituzione, da equipararsi a quello in cui la sede

103 Così, F. M. MUCCIARELLI ,*op. cit.*, pag.169-170.

104 Trib. Monza (decr.) 5 aprile 2002 ,in *Giur. comm.*, 2003, II, 558 ss.

veniva successivamente posta. La disposizione era cioè considerata come una norma di conflitto, la quale individuava l'ordinamento competente (mentre abbiamo visto come semplicemente l'articolo in esame ponga una condizione di efficacia).¹⁰⁵

Il panorama giurisprudenziale risulta in conclusione piuttosto incerto, la maggior parte delle pronunce sembrano non riconoscere alle società italiane la possibilità di trasferire la sede e essere soggette alla disciplina di un diverso ordinamento. Tale posizione però non appare condivisibile. Inoltre, è interessante notare che essa non trova neppure conferma nella prassi applicativa.

In particolare, la prassi degli affari e di alcune Camere di commercio ammette la libertà di una persona giuridica del nostro paese di scegliere, al momento della delibera di trasferimento, se mantenere lo status giuridico italiano, e dunque rimanere iscritta nel relativo registro delle imprese,¹⁰⁶ oppure mutare statuto personale e diventare una società retta dal diritto di un altro Stato membro dell'Unione.¹⁰⁷ In tal caso, in seguito all'iscrizione della modifica statutaria nel registro delle imprese, avrà luogo "l'istanza di cancellazione dal Registro delle Imprese, da presentarsi a cura dell'organo amministrativo, dopo che sarà stata perfezionata all'estero

105 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.171.

106 Secondo le massime del Conservatore del Registro delle Imprese di Milano, la società rimane iscritta nel Registro delle imprese della provincia presso cui aveva fissato l'ultima sede in Italia. Presso tale registro assolverà a tutti gli adempimenti previsti dalla normativa.

107 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.171-172.

l'iscrizione o risulti compiuta la procedura di costituzione secondo la nuova legge di appartenenza.”¹⁰⁸

Il diritto italiano e la sua applicazione da parte dei giudici nazionali nonché ciò che in concreto avviene nella prassi, si presentano quindi quantomeno ambigui relativamente alle conseguenze del trasferimento all'estero della sede e del mutamento di statuto personale. Venendo ad analizzare la posizione della dottrina al riguardo, anch'essa risulta divisa nel sostenere due opposte opzioni ermeneutiche.

Una parte dei commentatori più restrittivamente ritiene che l'articolo 25, comma 1 della legge 218/1995 vada interpretato come richiamo alla legge del paese “originario” di costituzione. Di conseguenza, anche laddove avesse luogo un trasferimento di sede, non cambierebbe la legge applicabile.

Al contrario, la dottrina maggioritaria considera la norma citata un rinvio all'ordinamento che “di fatto” si ritiene competente a regolare la società. In questo modo il diritto internazionale privato non rappresenterebbe un ostacolo al mutamento di statuto personale e non imporrebbe lo scioglimento, nel caso in cui il paese di destinazione ammetta l'operazione e la società interessata ne rispetti la procedura.¹⁰⁹

108 Massime dell'osservatorio permanente dei conservatori dei registri delle imprese della Lombardia, Massima n. 10, gennaio 2008.

109 In questi termini F. M. MUCCIARELLI, op. cit., pag.173; SANTUS, *In tema di trasferimento della sede all'estero ed omologazione parziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*,1996, pag.858; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1999, pag.374; M. V. BENEDETTELLI, *Mercato comunitario delle regole cit.*, pag.720; SANTA MARIA, Voce “Società” in *Enciclopedia del diritto*, vol.42, Roma, 1998.

In conclusione però, al fine di rendere la nostra riflessione completa, dobbiamo fare un passo indietro. Nelle ultime pagine si sono prese in considerazione le disposizioni normative relative al trasferimento della sede formulate dal legislatore italiano. Si è tentata quindi una ricostruzione della disciplina anche sulla base delle posizioni assunte negli anni da giurisprudenza, dottrina e prassi applicativa. Gli interrogativi sollevati dal diritto nazionale sono risultati numerosi, in particolare circa l'ammissibilità o meno del mutamento di *lex societatis* senza l'obbligatorio scioglimento dell'ente coinvolto.

Non possiamo però accettare che il focalizzarsi su una prospettiva di analisi più circoscritta escluda di considerare quanto è stato detto relativamente al tema da un punto di vista sovranazionale. Appare necessario quindi chiudere il cerchio e concludere l'esame dell'ordinamento italiano prendendo in considerazione gli effetti che su di esso ha prodotto la più volte citata giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, in particolare in seguito all'ultima pronuncia nel caso *Cartesio*.

Come già sottolineato, i principi di diritto espressi in tale sentenza prevedono che lo Stato membro di costituzione possa vietare alle società le quali intendano mantenere statuto personale di emigrare altrove, ma che lo stesso non possa al contrario impedire a queste di "trasformarsi" in un tipo societario di altro Stato membro. Conseguentemente, dovrebbero essere superati i dubbi sull'ammissibilità di tali operazioni per il diritto italiano nel caso in cui l'ordinamento di arrivo sia quello di uno Stato membro dell'Unione o dell'EEA.¹¹⁰

110 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag 177.

Non si può però escludere, dato il carattere articolato del tema, che in futuro i giudici nazionali considerino la fattispecie del trasferimento della sede non totalmente disciplinata in ogni aspetto e quindi rimettano di nuovo alla Corte, se del caso, ulteriori questioni pregiudiziali.

2.10 Ricostruzione della procedura di “trasformazione internazionale”¹¹¹

➤ *Introduzione*

Nelle pagine precedenti si è tentato di raccogliere tutto il “materiale” normativo a nostra disposizione, elaborato sia dal legislatore comunitario che nazionale relativo alla possibilità di trasferire la sede sociale all'estero e di sottoporsi ad una nuova legge societaria. Come più volte sottolineato, le lacune al riguardo sono evidenti. In primo luogo, si fa sentire l'assenza di una fonte legislativa europea che disciplini nello specifico operazioni transfrontaliere di mutamento di sede. Si sono già analizzati (v. par. 1) il lungo iter e i vari tentativi di redazione di direttiva, ognuno dei quali, nonostante non fosse portato a termine, manifestava una sempre più viva esigenza di disciplina.

Allo stesso tempo non si presenta migliore il contributo del nostro ordinamento in materia. Come ampiamente dibattuto, (v. par. 9) spesso le norme di diritto internazionale privato e di diritto societario italiano sono apparse contraddittorie tra di loro, determinando conseguentemente

¹¹¹ Per trasformazione non si fa riferimento all'operazione così come descritta nel codice civile, l'aggettivo internazionale sottolinea il coinvolgimento di più ordinamenti, si potrebbero utilizzare anche i termini transfrontaliera o cross-border.

decisioni eterogenee delle corti, cui va aggiunta una prassi applicativa non sempre chiara.

In particolare si rileva la mancanza di regole *ad hoc* sulla procedura per realizzare l'operazione in esame, quantomeno all'interno dei confini dell'Unione Europea e dell'EEA. A causa di tale *lacuna legis*, il compito dell'interprete non è facile in quanto deve ricercare norme procedurali destinate a casi analoghi o interpretare tali disposizioni in maniera estensiva.¹¹²

Nelle pagine seguenti proveremo quindi a seguire la linea tracciata da parte della dottrina, la quale sostiene la possibilità di ricostruire la disciplina del trasferimento transfrontaliero di sede attraverso l'applicazione analogica o l'interpretazione estensiva di precetti richiamati in diversi contesti.

Le fonti che è più immediato richiamare alla mente sembrano allora le norme sul trasferimento della sede sociale di una Società Europea (SE) italiana in altro Stato membro, con il cambiamento del diritto sussidiario applicabile e le regole relative alle fusioni transfrontaliere intracomunitarie. Nel primo caso ci si riferisce evidentemente al Regolamento SE¹¹³ data la mancanza nel nostro ordinamento di una completa normativa di raccordo.

112 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.182-183; negli stessi termini M. V. BENEDETTELLI, *Mercato comunitario delle regole*, cit, pag.721.

113 Il Consiglio UE ha approvato due distinti tipi di documenti sulla Società europea: il Regolamento (CE) n.2157/2001 che disciplina in dettaglio le regole di costituzione e di funzionamento delle Società europee; la Direttiva 2001/86/CE che stabilisce le regole di partecipazione dei lavoratori alla creazione e allo sviluppo della società stessa. Si tratta in ogni caso di due provvedimenti inscindibili.

Per quanto riguarda l'Italia, la direttiva 2001/86/CE è stata recepita dal Decreto Legislativo 19 agosto 2005, n.188 "Attuazione della direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori" (pubblicato sulla G.U. n.220, del 21/09/2005).

Nel secondo, i cardini della riflessione saranno il Decreto fusioni transfrontaliere e la direttiva cui ha dato attuazione.¹¹⁴

Vale la pena richiamare la somiglianza delle due procedure e la vicinanza rispetto al tema del trasferimento di sede. La SE infatti, pur presentandosi come un tipo di società disciplinato alla stregua delle ordinarie società per azioni dallo Stato membro in cui è posta la sede sociale, dimostra il suo carattere europeo laddove consente (art.8) lo spostamento di sede entro i confini dell'Unione liberamente, cioè senza dar luogo allo scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica. Lo stesso concetto viene espresso anche nel *considerando 24* della disciplina regolamentare, in cui si precisa che la facoltà di una SE di mutare la localizzazione della sede sociale in un diverso Stato membro non deve però recare pregiudizio agli interessi degli azionisti di minoranza, dei creditori e dei titolari di altri diritti.¹¹⁵

In riferimento ad una fusione transfrontaliera abbiamo avuto modo già di sottolineare la comunanza di effetti rispetto ad una “trasformazione internazionale”, ancora più evidente se si rammenta che negli Stati Uniti gli enti giuridici per modificare il loro statuto personale, costituiscono una società “vuota” in un altro Stato per poi fondersi con essa.¹¹⁶

➤ *Delibera di trasferimento e iscrizione nel registro delle imprese.*

Iniziamo quindi a descrivere ciò che un operatore economico dovrebbe compiere per realizzare un trasferimento di sede. In primo luogo, l'assemblea della società interessata dovrà deliberare l'operazione e sarà

114 D.lgs. 108/2008 di attuazione della direttiva 2005/56 CE.

115 D. CORAPI, F. PERNAZZA, *La società europea. Fonti comunitarie e modelli nazionali*, pag.10.

116 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.99.

necessario provvedere al trasferimento di registrazione nel nuovo paese. Ciò comporta ovviamente che l'ordinamento di destinazione ritenga ammissibile il cambiamento di legge applicabile e che l'ente coinvolto deliberi di volersi “trasformare” in un soggetto straniero con l'ottemperanza alle relative norme.

Le regole procedurali contenute nel Regolamento SE e nella Direttiva Fusioni Transfrontaliere¹¹⁷, prevedono entrambe che la delibera assembleare debba essere anticipata dall'iscrizione presso il registro delle imprese di un “progetto” che descriva il contenuto di ciò che si vuole realizzare.

Per questo motivo, analogicamente, nel caso di “trasformazioni” cross-border deve essere seguito lo stesso procedimento: un mese prima della deliberazione della società, si provvederà al deposito di un progetto con effetti analoghi a quelli descritti nelle disposizioni considerate. Inoltre, l'obiezione relativa al possibile ostacolo rappresentato dal principio di tipicità degli atti soggetti ad iscrizione può essere facilmente superata proprio in considerazione della grande vicinanza di contenuti e conseguenze prodotte dalle operazioni in esame.¹¹⁸

Successivamente, dovrà avere luogo il trasferimento della registrazione nel paese di destinazione. Questo ovviamente sarà possibile solo laddove tale ordinamento ammetta il cambiamento di legge societaria applicabile. Il tema della cancellazione dal registro italiano è abbastanza spinoso, soprattutto a causa del vuoto normativo in materia di trasferimento

¹¹⁷ Articolo 8 regolamento SE, articolo 6 direttiva fusioni transfrontaliere. Tale previsione era adottata anche nel progetto di XIV Direttiva sul trasferimento di sede.

¹¹⁸ F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.182-183.

di sede. Infatti, sono frequenti i casi in cui enti giuridici, avendo deliberato tale spostamento e venendo quindi cancellate dal registro nazionale, non si iscrivano poi presso alcun registro straniero con il risultato di non essere più reperibili per i creditori italiani.¹¹⁹

Per questo motivo è fondamentale determinare l'ordine cronologico delle iscrizioni nel “vecchio” e “nuovo” registro e individuare il “momento zero”, a partire dal quale la società potrà dirsi efficacemente parte del paese di destinazione. In tale ambito purtroppo non ci sono d'aiuto le norme del Regolamento SE, le quali prescrivono l'attuazione del trasferimento di sede mediante la diretta iscrizione nel registro dell'ordinamento d'arrivo. Ciò in quanto, nonostante il mutamento di diritto sussidiario, l'operazione non comporta il venir meno del legame con il diritto dello Stato d'origine.

La procedura da seguire ci viene indicata invece proprio dalle disposizioni del codice civile. In particolare l'articolo 2437-bis, nel disciplinare le modalità di esercizio del diritto di recesso attribuito ai soci non assenzienti alla delibera di trasferimento, prescrive l'invio di una lettera raccomandata entro 15 giorni dall'iscrizione della delibera in questione nel registro delle imprese. Si chiarisce così che la delibera di trasferimento, come tutte le altre che vanno a modificare l'atto costitutivo, devono essere iscritte presso il Registro delle imprese della sede italiana di origine.¹²⁰

La particolarità della delibera assembleare in questione risiede però nel carattere condizionato della sua efficacia. Così come accade nel caso di fusioni transfrontaliere, l'efficacia piena della delibera che trasferisce la sede ma implicitamente prevede anche il mutamento di *lex societatis*

119 *Ibidem*, pag. 151.

120 *Ibidem*, pag.184.

applicabile, è subordinata alla successiva iscrizione della società nel registro del paese di destinazione. Quest'ultimo dovrà individuare il momento a partire dal quale non verrà più applicata la legge italiana, ma al contrario la propria.

Dunque il conservatore del registro italiano sarà legittimato a cancellare la persona giuridica solo in seguito alla “nuova” iscrizione. Si noti come tale cancellazione, ugualmente a quanto accade in occasione di fusioni e scissioni transfrontaliere e al trasferimento all'estero di SE italiana, è l'unico caso non accompagnato dall'estinzione e dalla liquidazione della società coinvolta. Sarebbe auspicabile, al fine di rendere più agevole e immediata la procedura, la creazione di un registro delle imprese europeo o in ogni caso una maggiore connessione informatica tra i vari registri.

➤ *Categorie di soggetti da tutelare. I soci di minoranza.*

Prendiamo adesso in considerazione la tutela da apprestare a determinate categorie di soggetti. Per un'analisi più pragmatica del tema in esame, è infatti utile interrogarsi su quali categorie di interessi coinvolti nell'attività economica condotta da una società potrebbero essere avvantaggiati o al contrario pregiudicati da un'operazione che comporti il mutamento di legge applicabile. Seguendo questo metodo, è possibile comprendere le ragioni e gli effetti economici delle norme.¹²¹ In altri termini, se sembra consentito alle società mutare *lex societatis* in base alle proprie esigenze, non lo si può fare comunque a spese dei portatori di interessi legati alla vita e alla condotta degli stessi enti.

Per quanto concerne i soci di minoranza, il codice civile prevede forme di protezione prescrivendo una maggioranza rafforzata che acconsenta alla modifica statutaria e, come più volte visto, il diritto di recesso per i non assenzienti alla delibera. Quest'ultima norma civilistica pone alcuni problemi interpretativi. L'opinione più diffusa riterrebbe tale diritto di recesso uno strumento a salvaguardia dei componenti della base azionaria dissenzienti rispetto ad una decisione che muti la legge applicabile alla società.

Il legislatore lo garantisce però al semplice verificarsi della iscrizione nel registro della delibera di trasferimento, la quale, come abbiamo osservato, non produce automaticamente il cambiamento di *lex societatis*, trattandosi di una iscrizione condizionata. Pertanto, seguendo questo ragionamento, il legislatore dovrebbe intervenire, chiarendo se il diritto di recesso spetti solo nel caso di “trasformazione” in un diverso tipo societario straniero e se conseguentemente debba essere escluso nelle ipotesi di trasferimento all'estero senza mutamento della legge applicabile.¹²²

Il medesimo trattamento, come analizzato, è sancito dall'articolo 5 del Decreto fusioni transfrontaliere. In riferimento alla disciplina del Regolamento SE invece, l'articolo 8 comma 5 rimanda all'apposita legislazione d'attuazione. Sembra opportuna quindi l'applicazione dell'articolo 2437 c.c. a favore dei soci di SE italiana nell'ipotesi di mutamento di legge applicabile in via sussidiaria.

➤ *La tutela garantita ai creditori.*

122 *Ibidem*, pag.186.

Altra figura legata alle vicende e all'attività economica svolta dalla società è quella del creditore. Il mutamento di legge applicabile rappresenta un'operazione che potrebbe andare a pregiudicare gli interessi di tale categoria di soggetti. I creditori infatti instaurano il loro rapporto con l'ente anche sulla base della appartenenza ad un determinato ordinamento e alla soggezione a certe regole societarie, di cui fanno scontare il valore nel costo del prodotto o del servizio oppure nel tasso di interesse.¹²³ Laddove invece il debitore cambiasse *lex societatis*, e questa offrisse condizioni meno favorevoli per il credito, la controparte ne risulterebbe ovviamente svantaggiata.

E' necessario dunque evitare tale ipotesi, offrendo degli strumenti di tutela ai creditori. Allo stato attuale della legislazione, come più volte ribadito, non esistendo alcuna norma procedurale relativa al mutamento di statuto personale delle società, non c'è neppure alcuna disposizione a riguardo. Ancora una volta occorre chiedersi quali fattispecie presentino una maggiore vicinanza al tema considerato per poterne “prendere in prestito” e applicare analogicamente le norme regolatrici.

Alcuni commentatori¹²⁴ ritengono che per i creditori sociali il pericolo rappresentato dalla delibera di trasferimento della sede presenti le medesime caratteristiche dei rischi prodotti da una trasformazione domestica. Si dovrebbero quindi applicare gli strumenti di tutela predisposti dal legislatore proprio in relazione a questa fattispecie. Il diritto

¹²³ *Ibidem*, pag.188.

¹²⁴ P. BEHRENS, *Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland*, in RIW pag. 593; *Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Lichte der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt*, in ZRG,1994, pag.10; M. V. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, cit., pag.614.

italiano però non offre ai soggetti considerati alcuna forma di protezione, se non nel caso di società di persone che si trasformino in società con soci a responsabilità limitata (ex art. 2500-quinquies c.c. i creditori saranno ancora garantiti dalla responsabilità personale illimitata dei soci a meno che non consentano alla loro liberazione) e in quello di trasformazioni “eterogenee” (ex art. 2500-novies c.c. i creditori possono fare opposizione secondo quanto previsto dall'articolo 2445 c.c. in tema di riduzione del capitale.). Se seguissimo questa impostazione quindi, arriveremmo alla conclusione che i creditori delle società per azioni italiane, in ipotesi di cambiamento di statuto personale, non siano garantiti in alcun modo.

Proviamo allora a volgere lo sguardo alla disciplina delle fusioni transfrontaliere e a quella relativa alla Società Europea, già più volte richiamate. Il Decreto Fusioni Transfrontaliere prevede all'articolo 11, comma 1, lettera b) che, per quanto non espressamente previsto dal decreto stesso, alle società italiane coinvolte nell'operazione verranno applicate le norme civilistiche dettate in tema di fusioni, compreso il meccanismo di tutela dei creditori.¹²⁵

Pare opportuna una precisazione. Nel caso di fusione domestica, i creditori rischiano di essere pregiudicati da un punto di vista economico : se l' ente con il quale ci si fonde è più indebitato o meno patrimonializzato infatti potrebbe risultare compromessa la capacità di adempimento da parte del debitore. Nelle ipotesi di fusione transfrontaliera, il rischio non è semplicemente patrimoniale, giacché ciò che deve essere evitato è un mutamento di legge applicabile il quale si presenti come poco favorevole per le esigenze dei creditori medesimi.

125 F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.191.

E' necessario però aggiungere che il Decreto n.108 del 2008 non compie alcuna distinzione sui mezzi di protezione a seconda che la società post-fusione sia italiana o al contrario cambi l'ordinamento di appartenenza. Il diritto di opposizione viene assicurato in tutte le fusioni transfrontaliere. Da questo si può concludere che il nostro legislatore non ha, per il momento, prescritto degli strumenti normativi specifici per le ipotesi che comportino l'applicazione di una diversa *lex societatis*. La “disciplina modello” da mutuare rimane comunque quella predisposta in tema di fusioni domestiche, in quanto tale mezzo di protezione si può ritenere idoneo in concreto anche in riferimento ai rischi collegati ad un cambiamento di legge societaria.

Passando a considerare il Regolamento SE, questo richiede agli Stati di apprestare “adeguata tutela” agli interessi dei creditori. Si ritiene opportuno quindi applicare lo stesso diritto di opposizione richiamato nella normativa delle fusioni transfrontaliere.

Possiamo quindi concludere che la medesima forma di protezione si può richiamare anche nelle ipotesi di delibera di “trasformazione internazionale”, oggetto specifico del nostro esame, dal momento che si rinviene una sostanziale identità con le operazioni considerate in termini di interessi dei creditori in gioco.

Da quanto abbiamo detto, seguendo la disciplina dettata dall'articolo 2503 c.c., la delibera dell'assemblea straordinaria relativa al trasferimento all'estero della sede può essere attuata solo una volta che siano trascorsi sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese. Decorso tale termine, l'ente potrà iscriversi nel registro del paese di destinazione e essere cancellato da quello d'origine. Al contrario non sarà necessario attendere la

scadenza se tutti i creditori prestano il loro consenso o se la società paga i dissenzienti.

Qualora invece gli stessi decidano di esercitare il diritto di opposizione, secondo l'opinione dominante, questa deve essere proposta mediante atto di citazione e apre un giudizio di cognizione ordinario.¹²⁶ I titolari del diritto sono tutti i creditori le cui pretese sono sorte antecedentemente all'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di “trasformazione transfrontaliera”. In pendenza di giudizio l'esecuzione dell'operazione rimane sospesa.¹²⁷

Applicando ancora analogicamente la disciplina civilistica, l'articolo 2500-novies c.c. e l'articolo 2503, comma 2 c.c. rimandano all'articolo 2445 c.c. il quale prevede due ipotesi in cui il tribunale può autorizzare l'operazione, nonostante l'opposizione dei creditori : nel caso in cui la società presti idonea garanzia, o laddove l'autorità giudiziaria ritenga infondato il pericolo di pregiudizio.

Tali disposizioni però necessitano di essere adattate alle ipotesi di “trasformazioni internazionali”. Poiché infatti, come analizzato, il pregiudizio eventualmente arrecato ai creditori in caso di mutamento di ordinamento di appartenenza non si esaurisce in un rischio patrimoniale, il giudice nel valutare l'infondatezza del pericolo dovrà effettuare una valutazione comparatistica della tutela a questi garantita nel paese d'origine e in quello di destinazione. Allo stesso tempo, proprio il coinvolgimento di

¹²⁶ In questi termini FERRI JR-GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in *Il nuovo diritto societario, Liber Amicorum G.F. Campobasso*, a cura di Abbadessa e Portale, vol.4, Torino, 2007, pag.260; CACCHI PESSANI, *Articolo 2503*, in *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006, pag.748.

¹²⁷ F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pag.195.

più Stati nell'operazione, rende più complicate le situazioni in cui il tribunale autorizzi in maniera provvisoria la trasformazione ma in seguito l'opposizione venga accolta.¹²⁸

Per concludere, dobbiamo domandarci cosa potrebbe accadere nel caso in cui la società non rispetti le scadenze previste e si iscriva nel registro delle imprese del paese di destinazione prima del decorrere dei sessanta giorni o in pendenza di opposizione. In queste circostanze può risultare opportuno richiamare ed applicare l'articolo 25 comma 3 della legge 218/1995 . L'iscrizione *ante diem* o *contra leges* sarà quindi inefficace *erga omnes*, di modo che, per l'ordinamento italiano, il trasferimento e il mutamento di *lex societatis* si considerano come non avvenuti.¹²⁹

➤ *Tutela a favore di altre categorie di finanziatori*

Per completare l'analisi, brevemente occorre occuparsi della disciplina da applicare per garantire protezione ai finanziatori della società coinvolta nel cambiamento di statuto personale diversi dai creditori.

In primo luogo agli obbligazionisti si estende quanto prescritto dall'articolo 2503-bis c.c. in tema di fusioni domestiche. In particolare, potranno fare opposizione, a meno che l'operazione non venga approvata dalla loro assemblea. I titolari di obbligazioni convertibili avranno la facoltà di esercitare il diritto di conversione, dopo esserne stati messi a conoscenza tramite pubblicazione di apposito avviso sulla Gazzetta Ufficiale. A coloro i quali invece decidono di non esercitare tale facoltà, devono essere garantiti diritti equivalenti a quelli spettanti prima

128 *Ibidem*, pag.196-197.

129 *Ibidem*, pag.198-199.

dell'operazione, a meno che l'assemblea propria degli stessi non abbia acconsentito ad una restrizione.

Anche relativamente ai portatori di azioni speciali o di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi, si ritiene che il mutamento di statuto personale necessiti, proprio a tutela di tali soggetti, di essere approvato dall'assemblea speciale di appartenenza, secondo la disciplina prevista all'articolo 2376 c.c. . L'operazione in esame infatti, implicando l'adesione ad un nuovo ordinamento giuridico, potrebbe incidere in modo significativo sul contenuto dei diritti legati al titolo posseduto.

Un'ultima riflessione merita la possibilità di deliberare unitamente al cambiamento di statuto personale anche la riduzione del capitale sociale. In questa ipotesi troveranno applicazione diretta e non analogica gli articoli 2445 commi 3 e 4 c.c. e 2482 commi 2 e 3 c.c., rispettivamente per le società per azioni e per quelle a responsabilità limitata. Qualora la legislazione del paese d'arrivo prescriva un capitale minimo più ridotto o non lo preveda affatto, la società potrà dare attuazione ad una delibera di riduzione del capitale che si conformi a tali disposizioni solamente una volta iscritta nel nuovo registro e quindi non più disciplinata dal diritto italiano.

➤ *Conclusioni*

Sembrano opportune alcune considerazioni finali circa quanto fin ora detto. Nelle ultime pagine si è in primo luogo analizzato il quadro normativo relativo all'operazione di trasferimento della sede sociale all'estero. Principalmente è stata evidenziata l'assenza di una disciplina specifica a riguardo, difficile da giustificare se pensiamo che a livello

comunitario invece fattispecie con caratteri ed effetti analoghi, quali le fusioni transfrontaliere o la costituzione e diversa localizzazione di Società Europea trovano un inquadramento giuridico.

Da un certo punto di vista, tale lacuna normativa potrebbe rendere l'operazione in esame più appetibile di altre per gli operatori economici interessati. Questi infatti potrebbero essere attratti da maglie di diritto più morbide e meno stringenti in cui muoversi ed agire più liberamente; si verrebbe a realizzare il fenomeno di arbitraggio normativo all'interno del più volte citato "mercato delle regole"(v. Cap.I par.7)

In realtà, questa libertà di condotta è più apparente che reale. In primo luogo poiché il legislatore comunitario ha più volte espresso la volontà di intervenire, impegnandosi a disciplinare anche il trasferimento della sede come già fatto per altri strumenti di mobilità intracomunitaria. Inoltre, secondo quanto affermato da parte della dottrina, anche allo stato attuale della normativa, è possibile ricostruire la procedura applicabile attraverso un'opera di interpretazione estensiva o analogica delle disposizioni dettate per istituti molto vicini a quello che forma oggetto del nostro esame.

Per queste ragioni, anche se non espressamente previste dalla legge, sarà compito dell'interprete individuare le regole più adatte alla protezione degli interessi coinvolti dalla delibera di trasferimento di sede e di mutamento di statuto societario.

Capitolo II

CAPITOLO III

IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE NEL CASO FIAT- CHRYSLER

3.1 Premesse

Il 21 gennaio 2014¹³⁰ veniva completata l'acquisizione dell'intero pacchetto azionario di Chrysler da parte di Fiat S.p.A.. Durante la successiva adunanza del Consiglio d'Amministrazione del 29 gennaio era approvata la riorganizzazione societaria e annunciata la nascita della nuova *holding company* Fiat Chrysler Automobiles (FCA), sorta dalla fusione dei due gruppi Fiat S.p.A. e Chrysler Group.

Allo stesso tempo era scelto il nome e il logo¹³¹ del nuovo soggetto giuridico e soprattutto, per quello che interessa la nostra trattazione, si annunciava il trasferimento della sede legale della società in Olanda e del domicilio fiscale nel Regno Unito.

L'avvenimento, di grande impatto e rilievo internazionale, era da considerarsi storico: una delle più antiche e importanti industrie nostrane, rappresentante del Made in Italy nel mondo, "faceva le valigie" e decideva di localizzare le proprie sedi altrove.

La scelta di muoversi dal nostro paese, se fino a qualche anno fa poteva presentarsi come inaspettata e impensabile, era invece nell'aria da tempo tanto che, nei mesi precedenti alla delibera del C.d.A., i commentatori avevano spesso cercato di prevedere l'ordinamento di destinazione prescelto.

130

Dopo che i termini dell'operazione erano già stati annunciati il 1 gennaio stesso.

Molti pensavano agli Stati Uniti, decisione motivata dal fatto che circa il 50% delle vendite dell'azienda investivano proprio il mercato americano.

Altri invece puntavano proprio sull'Olanda, ritenendo, a ragione, che la Fiat avrebbe seguito il percorso già tracciato nel 2012 da parte di Cnh Industrial, nata dalla fusione di Fiat Industrial e Cnh. In quel caso la sede legale era stata fissata nei Paesi Bassi dove erano già situate quelle di Cnh Global e di Iveco. Al fine di gestire la fusione e il trasferimento, la holding Fiat Industrial aveva creato qualche mese prima due NewCo olandesi.

Nel maggio 2013, lo stesso era accaduto anche fra le aziende del gruppo Fiat, tra le quali era “spuntata” la New Business Netherlands NV, società finanziaria con Fiat S.p.A. come unico azionista e con sede legale ad Amsterdam.¹³² Questo avvenimento aveva reso dunque più probabile la soluzione poi effettivamente adottata.

Nelle pagine successive cercheremo di ricostruire le varie tappe che hanno condotto, a partire dal 2009, al realizzarsi dell'operazione e alla creazione del nuovo “costruttore globale”. Ci concentreremo poi nello specifico sulle decisioni di localizzazione della sede legale e fiscale, ricercandone le motivazioni e le implicazioni. Nell'analisi troveremo un punto di riferimento nella già citata vicenda di Cnh Industrial, operazione che ha fatto da battistrada per molte scelte compiute da Fiat nella gestione dei rapporti con Chrysler.

3.2 I primi passi verso l'integrazione: l'alleanza strategica

¹³² A. MALAN, *Fiat- Chrysler, nel rebus sede spunta una holding olandese*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2014 n.23, pag.28.

La parola FIAT¹³³ è da sempre sinonimo di automobili e simbolo di Torino, trattandosi di una casa produttrice di vetture fondata nel 1889 proprio nella città piemontese. Con il tempo il marchio si è ampliato ed oggi costituisce il principale gruppo industriale e finanziario privato del nostro paese, facendo parte della holding Fiat Group Automobiles, società a sua volta interamente partecipata da Fiat S.p.A. .

Quest'ultima nasceva nel 2010 quando, in occasione dell'assemblea degli azionisti di Fiat Group, l'Amministratore Delegato Sergio Marchionne, nel presentare il piano industriale relativo al quinquennio 2010-2014, aveva annunciato la scissione del gruppo in Fiat Industrial e appunto Fiat S.p.A.. La prima società si sarebbe concentrata sulla produzione dei macchinari agricoli, industriali e *powertrain* mentre la seconda avrebbe gestito il settore automobilistico, della componentistica, i sistemi di produzione ed editoria. A partire dal 2011 è stata quindi Fiat S.p.A. a portare avanti il progetto di acquisizione di Chrysler-Group, gruppo industriale statunitense, iniziato nel 2009 da parte di Fiat Group.

Il 20 gennaio 2009 infatti un comunicato congiunto annunciava la firma di una lettera d'intenti non vincolante tra Fiat S.p.A., Chrysler LLC e Cerberus Capital Management L.P., azionista di maggioranza di Chrysler, per la realizzazione di un'alleanza strategica globale. Si trattava di un primo molto importante passo nell'opera di ristrutturazione di Chrysler e veniva commentato con entusiasmo dagli Amministratori Delegati di entrambi i gruppi automobilistici. “L'accordo permetterà ad entrambe le società di accedere ad importanti mercati automotoristici con un'offerta di prodotti innovativi ed ecologici [...] oltre che di beneficiare di ulteriori sinergie sui

133 Acronimo di “Fabbrica Italiana Automobili Torino”.

costi. L'accordo fa seguito a numerose alleanze mirate e partnership concluse dal Gruppo Fiat con i principali produttori automobilistici.” Queste le parole di Sergio Marchionne, A.D. Fiat.

Allo stesso modo Bob Nardelli, Presidente e Amministratore Delegato di Chrysler LLC sottolineava come la partnership creasse “il potenziale per un nuovo e forte concorrente a livello globale, dando a Chrysler numerosi benefici strategici”.¹³⁴

Il successivo 30 aprile era poi annunciata la firma di accordi per la creazione dell'alleanza strategica globale, di cui veniva specificato il contenuto. In particolare l'operazione prevedeva la cessione accelerata di sostanzialmente tutti i beni di Chrysler ad una NewCo con l'osservanza delle disposizioni della legge fallimentare statunitense (US Bankruptcy Code). Chrysler avrebbe dunque dovuto richiedere al Tribunale fallimentare di New York l'autorizzazione per la suddetta vendita di attività e, una volta ottenuta, le parti si sarebbero impegnate a concludere l'operazione in tempi brevi.¹³⁵

La NewCo avrebbe assunto la ragione sociale di Chrysler nonché la proprietà di tutti i suoi debiti, con l'esclusione di determinate passività. Si decideva anche l'assegnazione a Fiat del 20 per cento del capitale e dei diritti di voto, al netto degli effetti diluitivi. Allo stesso tempo la Voluntary Employee Benefit Association (VEBA), fondo finanziario costituito nella forma di associazione volontaria di ex lavoratori dipendenti facente capo al sistema fiscale statunitense il cui compito consisteva nel fornire assistenza sanitaria ai pensionati Chrysler, a conclusione dell'operazione, avrebbe

134 Comunicato stampa congiunto Fiat S.p.A. , Chrysler Group 20 gennaio 2009.

135 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 30 aprile 2009.

ricevuto una partecipazione del 55%, amministrata dal Dipartimento del Tesoro americano. Quest'ultimo insieme al Governo canadese avrebbe posseduto la rimanente parte del 10% del capitale.

In riferimento agli organi sociali, si prevedeva che dei nove amministratori componenti il consiglio, tre sarebbero stati nominati da Fiat, la quale avrebbe avuto diritto a ricevere un'ulteriore partecipazione del 15% senza il pagamento di un corrispettivo.

Questa sarebbe stata attribuita in tre tranches da 5% ciascuna, subordinatamente al compiersi di obiettivi predeterminati, i cosiddetti *Performance Events*. Il prezzo da corrispondere per l'esercizio delle opzioni call sarebbe stato determinato sulla base di un multiplo dell'EBITDA. Nel caso in cui Chrysler fosse stata quotata al momento dell'esercizio, il prezzo sarebbe stato invece fondato sui valori di quotazione.

Una volta verificate tali ipotesi, la Fiat avrebbe potuto nominare un membro aggiuntivo del C.d.A.. La stessa società italiana era messa anche nella condizione di esercitare (a partire dal gennaio 2013 fino al giugno 2016) un'opzione per l'acquisto di un ulteriore 16% (“Incremental Equity Call Option”), possibilità condizionata però dalla riduzione del debito nei confronti del Dipartimento del Tesoro statunitense in misura inferiore a 3 miliardi di dollari. Veniva inoltre stabilito che la partecipazione di Fiat non avrebbe potuto superare il 49,9% fino a quando il suddetto debito non fosse stato interamente ripagato.

In conclusione si precisavano i termini dell'impegno di Fiat nella ristrutturazione di Chrysler: la società italiana avrebbe messo a disposizione proprie licenze che consentivano l'utilizzazione delle piattaforme automobilistiche del gruppo, di determinate tecnologie, nonché

avrebbe offerto servizi di management finalizzati al risanamento di attività industriali e operative. Al contrario Fiat non era vincolata a nessun esborso di cassa o altra forma di finanziamento verso Chrysler. L'alleanza avrebbe consentito inoltre ad entrambe le parti di beneficiare delle rispettive reti commerciali e dei fornitori globali.

Il successivo 10 giugno è stato reso noto il closing della già annunciata alleanza e l'operatività della nuova Chrysler Group LLC. Si aggiungeva anche che il processo di nomina degli amministratori era in corso. In particolare Sergio Marchionne avrebbe ricoperto il ruolo di Amministratore Delegato e il consiglio sarebbe stato presieduto da Robert Kidder.

3.3 Il progressivo aumento della partecipazione di Fiat in Chrysler

Il 10 gennaio 2011 Fiat incrementava la propria quota di partecipazione in Chrysler Group LLC, passando dall'iniziale 20% al 25%. Questo era stato possibile in seguito al realizzarsi del primo dei tre *Performance Events* delineati e descritti nell'accordo operativo del giugno 2009. In particolare Chrysler aveva ricevuto le autorizzazioni regolamentari e si era impegnata ad iniziare la produzione commerciale del motore FIRE (Fully Integrated Robotized Engine) in uno stabilimento del Michigan.¹³⁶

Il 12 aprile 2011 la partecipazione di Fiat aumentava di nuovo, salendo al 30%. In tale data era infatti raggiunto il secondo obiettivo che permetteva l'esercizio di un'ulteriore opzione call ovvero l'attuazione da parte del gruppo Chrysler di vendite per 1,5 miliardi di dollari al di fuori

136 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 10 gennaio 2011.

dei Paesi del Nafta e la sottoscrizione di accordi di distribuzione in Sudamerica di alcuni prodotti. Le partecipazioni risultavano quindi al momento così suddivise: UAW VEBA 59,2%, Fiat 30%, Tesoro Usa 8,6%, Governo canadese 2,2%.¹³⁷

La marcia di Fiat non si arrestava e solo qualche giorno più tardi, il 21 aprile era annunciato il raggiungimento di un accordo con Chrysler Group LLC e gli altri soci di quest'ultima relativamente all'esercizio da parte della holding italiana della già citata "Incremental Equity Call Option", spettante in base all'accordo operativo¹³⁸. La manovra era completata il successivo 24 maggio 2011 in seguito al rifinanziamento del debito di Chrysler e al rimborso dei prestiti concessi dai Governi USA e Canadese. La partecipazione di Fiat veniva quindi incrementata di un ulteriore 16% a fronte di un corrispettivo di 1.268 miliardi di dollari Usa¹³⁹. Si dimostrava evidente la volontà di entrambe le parti di stringere i tempi per la nascita di un gruppo unico in grado di operare e imporsi a livello globale.

Ancora, a distanza di soli tre giorni, il 27 maggio Fiat rendeva noto al Dipartimento del Tesoro statunitense la volontà di esercitare l'opzione per l'acquisto della partecipazione detenuta da questo in Chrysler del 6% del capitale sociale. Il prezzo dell'operazione sarebbe stato concordato tra le parti in un termine di dieci giorni lavorativi a partire dal momento della comunicazione o, se non fosse stato possibile, sulla base delle valutazioni

137 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 12 aprile 2011.

138 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 21 aprile 2011.

139 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 24 maggio 2011.

più prossime tra quelle formulate da tre banche di investimento all'occorrenza nominate.

Qualche mese più tardi, il 21 luglio, Fiat acquistava sia la partecipazione del Governo canadese, pari all'1,5% del capitale e per un corrispettivo di 125 milioni di dollari Usa, sia la suddetta quota detenuta dal Dipartimento del Tesoro, dietro il pagamento di 500 milioni. In tal modo Fiat passava a controllare il 53,5% complessivo di Chrysler.

Ulteriore passo verso l'integrazione dei due gruppi si aveva con la realizzazione del terzo e ultimo *Performance Event*, il quale attribuiva automaticamente a Fiat un'aggiuntiva quota del 5%. In questo caso era stato richiesto a Chrysler di ottenere l'approvazione di una legge che consentisse la produzione di auto a basso consumo(40 miglia per gallone) con il conseguente impegno di avviarne la produzione industriale.¹⁴⁰ In data 5 gennaio 2012 quindi il controllo di Fiat era pari al 58,5% mentre la restante quota di Chrysler del 41,5% rimaneva posseduta da VEBA.

Per completare l'incorporazione quindi mancava solamente l'esercizio della cosiddetta VEBA Call Option, opzione posseduta da Fiat sin dal giugno 2009 per l'acquisto della partecipazione del 40% di Chrysler. Tra il 2012 e il 2013 la holding italiana ha deciso di usufruire dell'opzione per tre volte, sottraendo in ciascuna trince una quota del 3,3%. Al seguito del perfezionarsi di tali eventi la presenza nel gruppo americano saliva al 68,49%.

Il tassello mancante dell'operazione era aggiunto al quadro fin ad ora delineato nel gennaio scorso. All'inizio dell'anno corrente veniva infatti, dapprima annunciata e poi realizzata, l'acquisizione dell'intera

140 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 5 gennaio 2012.

partecipazione detenuta da VEBA Trust da parte della società Fiat North America LLC (“FNA”), totalmente controllata da Fiat S.p.A..

A partire da quel momento Fiat otteneva il controllo del 100% di Chrysler Group LLC. Il corrispettivo della manovra consisteva in un'erogazione straordinaria di 1.900 milioni di dollari da parte di Chrysler ai soci e il pagamento di una somma pari a 1.750 da FNA a VEBA Trust.

Contemporaneamente Chrysler Group e l' “UAW” (*International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America*, sindacato americano rappresentante dei lavoratori negli Stati Uniti, Portorico e Canada) provvedevano a sottoscrivere un Memorandum d'Intesa ad integrazione del vigente contratto collettivo. Si prevedevano ulteriori contribuzioni a favore del VEBA Trust per un ammontare totale di 700 milioni e lo stesso C.d.A. di Chrysler esprimeva parere favorevole a riguardo di un'erogazione straordinaria.

Dopo meno di cinque anni dall'intesa con l'Amministrazione Usa sul salvataggio di Chrysler, che come abbiamo ricordato vide il Lingotto entrare con una quota iniziale del 20%, l'operazione si concludeva positivamente. Il nuovo “costruttore globale” era finalmente nato, occorreva adesso definirne gli aspetti che ne consentissero il funzionamento e l'azione.

Era arrivato quindi il momento di predisporre e mettere nero su bianco i termini dell'integrazione da un punto di vista societario, in primo luogo decidendo la forma organizzativa e legale della nascente società. La questione non era di secondaria importanza e soprattutto la scelta della

localizzazione della sede legale della capogruppo e del suo quartier generale si presentava particolarmente spinosa.¹⁴¹

3.4 La nascita di FCA e il trasferimento della sede

Come abbiamo avuto modo di analizzare nelle pagine precedenti, le delibere societarie relative al trasferimento della sede si presentano delicate. Legati alla localizzazione di un'impresa su un dato territorio vi sono infatti molti diversi fattori, non esclusivamente di carattere giuridico ma anche politico ed economico. Già durante la partecipazione al Salone dell'auto di Detroit, l'A.d. Sergio Marchionne aveva ammesso in un'intervista che “quella del domicilio legale è una questione difficile, con molte implicazioni emotive dal momento che si tratta di unire due società centenarie”, sottolineando anche la “naturale propensione a muoversi negli Stati Uniti”, mercato liquido che poteva facilitare il realizzarsi dei progetti della holding.¹⁴²

In tale occasione l'A.d. aveva risposto, difendendo le scelte dell'azienda, alle polemiche sollevate in primo luogo dalle associazioni sindacali, in particolare dalla Fiom, le quali, temendo un trasferimento della sede all'estero, avevano sottolineato lo scarso impegno e interesse della famiglia Agnelli rispetto al mantenimento della presenza in Italia.¹⁴³

Allo stesso tempo il manager ribadiva che la sede della nuova Fiat-Chrysler sarebbe stata scelta non in base al regime fiscale ma all'accesso ai

¹⁴¹ A. MALAN , *Fiat sale al 100% di Chrysler-Con l'acquisto del 41,5% dal Veba si chiude il processo avviato nel 2009*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2014, pag.28.

¹⁴² A.MALAN, <<La sede Fiat? Questione difficile>> *Alzati i target per Jeep: nel 2014 il marchio punta al milione di auto vendute*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 gennaio 2014 n.14, pag. 30.

¹⁴³ *Ibidem*.

mercati e alla loro fluidità, ricordando che quando Cnh Industrial era uscita dal sistema Italia non aveva ridotto il pagamento delle tasse al fisco italiano.¹⁴⁴

Come già sottolineato, la vicenda legata alla nascita di Cnh Industrial per numerosi aspetti ha fatto da apripista nell'ambito della fusione Fiat-Chrysler. Così, alla vigilia del Consiglio d'Amministrazione al Lingotto del 29 gennaio, durante il quale si sarebbe dovuto alzare il velo sulle decisioni societarie, molti puntavano sull'adozione delle medesime soluzioni in tema di trasferimento di sede: Olanda come sede legale, domicilio fiscale in Gran Bretagna con quotazione principale a Wall Street, secondaria a Milano. E in effetti così accadeva.

In tale occasione dopo 115 anni a Torino la Fiat cambiava nome, logo e traslocava all'estero. L'operazione nel dettaglio prevedeva la fusione di Fiat S.p.A. nella nuova Fiat Chrysler Automobiles NV, società di diritto olandese che diveniva la holding del gruppo. Tra le varie ipotesi di governance e struttura societaria vagliate nel corso dei mesi, questa era apparsa la più adatta rispetto al progetto di “unione di due organizzazioni, ognuna con una grande storia nel panorama automobilistico ma con caratteristiche e punti di forza geografici differenti e complementari.”¹⁴⁵

La proposta approvata dal Consiglio prevedeva anche che gli azionisti di Fiat avrebbero avuto diritto a ricevere un'azione Fca di nuova emissione per ogni azione posseduta. Ulteriore aspetto significativo

144 A.MALAN, *Fiat- Chrysler, nel rebus sede spunta una holding olandese*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2014 n.23, pag.28.

145 Così J. Elkan, Presidente di Fiat, comunicato stampa Fiat S.p.A., Torino 29 gennaio 2014.

riguardava l'adozione di un sistema che avrebbe consentito l'emissione di azioni speciali con diritto di voto.

Si decideva infatti che i soci i quali avessero partecipato, anche per il mezzo di delega, all'assemblea convocata per l'approvazione della proposta e che fossero rimasti tali fino al completarsi dell'operazione, indipendentemente dal voto espresso, sarebbero stati legittimati a ricevere un numero di azioni speciali con diritto di voto pari a quelle ordinarie, regolate con specifici termini e condizioni. Successivamente al *closing* l'accesso a tale sistema di voto basato sulla fedeltà sarebbe spettato agli azionisti di FCA che avessero detenuto le azioni ordinarie per un periodo di tre anni. Gli stessi soci avrebbero potuto detenere le azioni speciali con diritto di voto sino a quando non avessero trasferito le loro azioni ordinarie.¹⁴⁶

Si aggiungeva che quanto stabilito necessitava la predisposizione di documentazione ufficiale, ovvero il progetto di fusione e le relazioni richieste dalla normativa, da sottoporre all'approvazione del C.d.A. e dell'Assemblea dei soci. A quest'ultimi era garantito ovviamente il diritto di recesso così come veniva assicurato quello di opposizione ai creditori.

Non si precisava invece nulla a riguardo del quartier generale. Si confermavano soltanto le quattro regioni operative caratterizzanti l'organizzazione del gruppo e veniva garantito il mantenimento degli impianti in Italia con nessuna alterazione del livello occupazionale.

146 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 29 gennaio 2014.

➤ *Le motivazioni sottese alla scelta*

Le decisioni assunte durante il Consiglio d'amministrazione erano di grande rilevanza, motivate dalla necessità e opportunità di creare una grande holding internazionale presente in tutto il mondo.¹⁴⁷

Il contenuto dell'operazione approvata al Lingotto ci è ormai chiaro; proviamo adesso ad indagare le ragioni sottese in particolare alla scelta di trasferimento della sede legale in Olanda e del domicilio fiscale in Gran Bretagna nonché le conseguenze a tali decisioni legate. Già trattando del cosiddetto “mercato delle regole” (v. Cap.I Par. 7), avevamo analizzato il meccanismo della domanda di diritto da parte degli agenti economici soddisfatta dalla relativa offerta dei vari ordinamenti.

Come esempio si era proprio descritto il caso della Fiat e la delibera del gruppo di sottoporsi alla normativa olandese. In generale i Paesi Bassi presentavano un'economia stabile e affermata e una politica commerciale e di investimenti tra le più aperte al mondo. Più nello specifico tra i vantaggi di stabilire in Olanda la base legale vi era la possibilità di beneficiare di una giurisdizione neutrale nei confronti degli operatori esteri e di un diritto societario particolarmente flessibile che consentiva operazioni innovative sul capitale.¹⁴⁸

Questo emergeva anche dal resoconto del Consiglio d'Amministrazione del 29 gennaio, nel quale appariva evidente il peso assunto dalla possibilità garantita dall'ordinamento di destinazione di attribuire un diritto di voto doppio per gli azionisti stabili. Superando il

147 *Ibidem.*

148 C. BENIGNI, A. TOMASSINI, *Dopo Fiat, meno tasse e più investimenti. Ecco perché le società scelgono la doppia sede all'estero*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014.

divieto di emettere azioni a voto multiplo, caratteristico del diritto societario nazionale, il nuovo gruppo aveva a disposizione uno strumento in grado di facilitare la creazione di una base azionaria stabile e di premiare gli azionisti di lungo periodo. Allo stesso tempo si forniva al Gruppo una maggiore flessibilità nel perseguire opportunità strategiche.¹⁴⁹

La decisione nel caso di specie puntava a favorire la società Exor, azionista di maggioranza di FCA al 30,5% e a sua volta controllata dalla famiglia Agnelli. Di nuovo la vicenda di Cnh ci forniva un importante precedente: l'adozione del medesimo sistema aveva consentito in quel caso infatti a Exor di esercitare il 40% dei voti, pur essendo in possesso di un interesse economico del 27%.¹⁵⁰

Un ulteriore effetto dell'operazione consiste nel fatto che l'Olanda diventerà lo Stato membro di origine della holding, destinatario delle direttive comunitarie, in particolare la *Transparency Directive* e la *Prospectus Directive*. In questo modo l'autorità di vigilanza competente sarà la AFM e non più la Consob.

Meno rilevante forse la questione legata al domicilio fiscale. Il nostro Erario infatti avrebbe continuato allo stesso modo a tassare gli utili realizzati in Italia grazie alla produzione e vendita dell'output. Quali sono allora i vantaggi che Fiat avrebbe tratto dalla nuova cittadinanza fiscale? In primo luogo il Regno Unito dal 2010 stava attuando un programma di riduzione dell'imposizione fiscale con l'obiettivo di divenire "il miglior

149 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 29 gennaio 2014.

150 *Here, there and everywhere-why some businesses choose multiple corporate citizenships*, in "The economist", 22 febbraio 2014.

posto al mondo dove localizzare un'attività internazionale”, secondo quanto affermato dallo stesso Governo britannico.¹⁵¹

La <<Corporate Tax Road Map>> infatti ha fissato obiettivi di politica fiscale legati ad alcuni chiari principi: da una pressione fiscale più bassa ad un sistema più stabile, dalla semplificazione alla trasparenza normativa. Tra i primi risultati della nuova politica inglese, la contrazione della corporate income tax, oggi al 21%, contro una media dei Paesi del G20 intorno al 30%, e che si sarebbe abbassata nel 2015 al 20%. A questo si deve aggiungere l'assenza di una forma di tassazione locale sui profitti delle imprese corrispondente all'Irap nel nostro ordinamento. Dobbiamo considerare anche che in Gran Bretagna si registrava un regime di tassazione dei redditi esteri molto meno oneroso con significative esenzioni sui dividendi e capital gain e ritenute sui dividendi verso gli investitori più convenienti di quelle italiane.

A livello di fiscalità internazionale il Regno Unito garantiva inoltre una serie di trattati contro le doppie imposizioni. Era stato infatti predisposto l'adeguamento britannico alla disposizione europea che vietava di tassare con l'imposta sulle imprese i dividendi pagati dalle controllate alla società che fosse stata residente a Londra.¹⁵²

Quanto fin ora detto giustificava la scelta di società come la Fiat di collocare la residenza ai fini fiscali in un Paese diverso da quello in cui la stessa aveva la sede legale. Ciò poteva avvenire a patto che la

151 C. BENIGNI, A. TOMASSINI, *Dopo Fiat, meno tasse e più investimenti. Ecco perché le società scelgono la doppia sede all'estero*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014.

152 L. MAISANO, *Cinque motivi per scegliere Londra*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 gennaio 2014 pag.24.

localizzazione nell'ordinamento più favorevole in termini fiscali fosse effettiva relativamente alla struttura e alle persone che vi lavorano.

Se infatti la residenza legale è un criterio di regola formale, individuabile nel luogo in cui è posta la sede legale, la residenza fiscale, se scorporata dalla prima, si pone in coincidenza della direzione effettiva degli affari o dell'oggetto principale dell'attività svolta.¹⁵³

Per questo motivo all'inizio del mese di maggio l'A.d. Sergio Marchionne annunciava che il quartier generale di Fiat-Chrysler Automobiles sarebbe stato posto proprio nella capitale inglese. In questo modo il Consiglio d'Amministrazione avrebbe avuto luogo e svolto le sue funzioni presso la sede fiscale.

Tale decisione era necessaria al fine di evitare sanzioni da parte dell'Agenzia delle Entrate nel caso in cui al cambio di residenza fiscale non fosse seguita nel breve termine lo spostamento effettivo del processo decisionale strategico del Gruppo.

Sempre dal punto di vista fiscale non sembrava dovuta la cosiddetta <<exit tax>>. Questa consisteva in un'ultima imposizione sulle plusvalenze latenti che si consideravano realizzate al momento del trasferimento all'estero applicata dagli Stati che vedevano traslocare le proprie imprese altrove per evitare di perdere ogni potestà impositiva sui redditi passati prodotti sul territorio ma che di solito erano tassati solo all'effettivo realizzo. Ciò a meno che non si lasciasse nello Stato di partenza una stabile organizzazione o un'entità ivi ancora soggetta a

¹⁵³ C. BENIGNI, A. TOMASSINI, *Dopo Fiat, meno tasse e più investimenti. Ecco perché le società scelgono la doppia sede all'estero*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014.

tassazione.¹⁵⁴In Italia quindi il gruppo avrebbe continuato a versare la corporate income tax delle società operative che sarebbero rimaste sul territorio.

➤ *Trasferimento di sede e delocalizzazione*

Cosa sarebbe cambiato allora per il nostro Paese in seguito all'operazione descritta? Le preoccupazioni maggiori espresse dalla politica e dai sindacati nei mesi scorsi riguardavano il mantenimento degli impianti produttivi. Lo stesso Enrico Letta, allora Presidente del Consiglio dei Ministri alla vigilia del closing della manovra aveva definito secondaria la questione della sede rispetto a quella dei posti di lavoro e delle automobili vendute. Da questo punto di vista la fusione con Chrysler in sé non dovrebbe portare, almeno nel breve termine, ad una delocalizzazione e i sei stabilimenti di Fiat auto più quelli di motori e componenti rappresentano ancora la presenza più significativa del gruppo in Italia.

Non si può dimenticare però che lo spostamento di produzioni all'estero (così come già realizzato da Fiat con Polonia, Serbia e Turchia) è una scelta perseguita dalla maggior parte dei costruttori europei negli ultimi vent'anni e non è escluso che possa interessare e avere conseguenze anche sugli stabilimenti italiani.¹⁵⁵

3.5 Il precedente di Cnh Industrial e l'analisi della documentazione ufficiale relativa alla fusione

154 C. BENIGNI, A. TOMASSINI, *Dopo Fiat, meno tasse e più investimenti. Ecco perché le società scelgono la doppia sede all'estero*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014.

155 A. MALAN, *Fca è più forte di Fiat, ma resta il nodo investimenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2014, pag.3.

Nel comunicato stampa diffuso dalla Fiat S.p.A. in occasione del Consiglio d'Amministrazione dello scorso gennaio, (nel quale come ampiamente analizzato veniva approvata la riorganizzazione societaria a seguito della totale acquisizione di Chrysler Group) si rendeva nota la volontà di completare l'operazione entro la fine dell'anno corrente.

Il percorso infatti non si è tutt'oggi ancora concluso. Recentemente, il 15 giugno scorso si è tenuto un ulteriore C.d.A. per l'analisi in dettaglio dei termini della manovra. In tale occasione la società annunciava¹⁵⁶ l'approvazione da parte dell'organo sociale del progetto di fusione transfrontaliera recante la disciplina della fusione per incorporazione di Fiat nella società controllata e interamente detenuta Fiat Investments N.V.. Quest'ultima era una persona giuridica di diritto olandese che al termine dell'operazione avrebbe preso il nome di Fiat Chrysler Automobiles N.V. (FCA) e sarebbe divenuta la holding del gruppo.

Si aggiungeva dunque un nuovo tassello all'annunciato piano di riorganizzazione, nella prospettiva di dotare FCA di un profilo societario, di investimento e di mercato adeguato all'assetto del gruppo nascente dall'integrazione tra Fiat S.p.A. e Chrysler.

Si ribadiva ancora una volta poi la volontà di quotare le azioni ordinarie FCA sul NYSE e sul Mercato Telematico Azionario a Milano. Ugualmente veniva precisata l'adozione del meccanismo di voto speciale volto a premiare gli azionisti i cui obiettivi fossero stati allineati con gli interessi strategici del gruppo.¹⁵⁷

156 Comunicato stampa Fiat S.p.A., 15 giugno 2014.

157 Si sottolineava che l'emissione di azioni a voto speciale avrebbe potuto esercitare un impatto sulla percentuale dei diritti di voto in FCA di un singolo e specifico socio, in base alla misura in cui quest'ultimo, insieme agli altri azionisti, si sarebbero avvalsi del suddetto meccanismo di voto speciale.

Al fine del completarsi della procedura quindi manca la riunione dell'assemblea straordinaria dei soci per il consenso al reverse merger di Fiat SpA nella holding olandese che diventerà Fiat Chrysler Automobiles N.V. Questa sarà convocata successivamente al compiersi dei richiesti passi societari e regolamentari, tra cui per esempio la registrazione presso la U.S. Securities and Exchange Commission. In seguito sarà concesso ai soci i quali non voteranno a favore della fusione il periodo necessario per l'esercizio del diritto di recesso¹⁵⁸ e si procederà con la quotazione a Wall Street.¹⁵⁹

Si prevedeva quindi la possibilità di chiudere la manovra entro l'anno. In realtà l'intenzione dell'A.d. Sergio Marchionne sarebbe quella di terminare l'intera operazione entro la fine del settembre prossimo così come era avvenuto lo scorso anno per Cnh Industrial nata dalla fusione di Fiat Industrial e Cnh. In quel caso le fusioni propedeutiche alla manovra erano state approvate dal C.d.A. nel febbraio 2013 e ratificate da due assemblee straordinarie nel mese di luglio, dopo che l'assemblea ordinaria si era tenuta ad aprile. Si riesce verosimilmente ad immaginare che scadenze e un calendario simili potrebbero scandire le tappe di avvicinamento a Fca, data la grande similitudine tra le due vicende.¹⁶⁰

Abbiamo avuto modo più volte di sottolineare che i fatti legati a Cnh avevano anticipato scelte poi ritrovate anche in riferimento a Fiat-Chrysler. Per questo motivo, in assenza ancora di una completa e dettagliata

158 L'operazione sarebbe stata soggetta ad alcune condizioni, tra cui l'ammissione delle azioni FCA alla quotazione sul NYSE, e all'esborso di una cifra massima di 500 milioni di Euro richiesta in relazione al diritto di recesso dei soci dissenzienti e a quello di opposizione concesso ai creditori.

159 A. MALAN, *Fiat, la nuova holding entro l'estate-Elkan: <<Fca avrà sede fiscale Gb per attrarre gli investitori Usa>>-Rimbalzo del titolo in Borsa*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014, pag.29.

160 *Ibidem*.

documentazione ufficiale relativa all'operazione di cui ci stiamo occupando, appare significativo e utile analizzare i progetti di fusione e le relazioni illustrative riguardanti proprio la nascita di Cnh Industrial.

Il contenuto dell'operazione era stato reso noto in forma definitiva nell'accordo del 25 novembre 2012, il "Merger Agreement" sottoscritto da Fiat Industrial S.p.A., Fiat Netherlands Holding NV, FI CMB Holdings NV(DutchCo) e Cnh Global N.V.. In tale sede si prevedeva che la complessiva manovra venisse articolata in tre fasi successive.

Il passo iniziale era rappresentato dalla Fusione FNH, ovvero di Fiat Netherlands Holding NV in Fiat Industrial S.p.A.. La prima era una società finanziaria di diritto olandese con Fiat Industrial come unico azionista. Questa era considerata la fase preliminare dell'unica e unitaria operazione così come prevista dal suddetto accordo.

Lo stesso disciplinava poi gli step successivi: la Fusione FI, fusione transfrontaliera inversa di Fiat Industrial S.p.A. in FI CMB Holding NV, la cosiddetta DutchCo, società il cui capitale era interamente detenuto dalla medesima Fiat Industrial.

Ultimo tassello era la Fusione CNH, fusione domestica di diritto olandese di Cnh ,società a sua volta indirettamente controllata da FI(per il tramite di FNH che deteneva una partecipazione dell'87% del capitale di Cnh), in DutchCo.

Prendiamo adesso quindi in considerazione gli aspetti più rilevanti della documentazione ufficiale elaborata relativamente alle due fusioni transfrontaliere¹⁶¹ realizzate nella complessiva operazione.

161 La cosiddetta Fusione FNH e Fusione FI.

➤ *La Fusione FNH*

Come già anticipato, gli agenti economici partecipanti alla procedura erano la Fiat Netherlands Holding N.V.(FNH) e la Fiat Industrial S.p.A.(FI), società rispettivamente di diritto olandese e italiano. In ragione della nazionalità di provenienza la manovra era qualificabile giuridicamente come fusione transfrontaliera e per questo motivo disciplinata secondo quanto previsto dal decreto legislativo n. 108 del 2008¹⁶² e dalla Sezione 2:333c, comma 1, del Codice Civile Olandese.

Ancora, dal momento che FI deteneva direttamente l'intero capitale di FNH l'operazione presentava la natura di "fusione semplificata", ai sensi dell'articolo 2505 del Codice Civile, dell'articolo 18 del Decreto 108 e della suddetta Sezione 2:333c, comma 1 del Codice Civile Olandese.¹⁶³ In questo modo, dato che la fusione FNH non avrebbe portato ad alcun aumento del capitale, a norma dell'articolo 15 comma 1 della direttiva europea 2005/56/CE, in aggiunta alle disposizioni già citate, non era necessaria la determinazione del rapporto di cambio, delle modalità di assegnazione delle azioni FI e dei criteri per la distribuzione degli utili FI. Ugualmente non era richiesta la relazione dell'esperto e non avrebbero trovato applicazione le disposizioni della legge olandese poste a tutela degli azionisti di minoranza della società incorporata, sempre in ragione del carattere semplificato della procedura.

162 Decreto legislativo di attuazione della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

163 Proprio per tale ragione e ai sensi della Sezione 2:333c comma 3 del Codice Olandese, il Consiglio d'Amministrazione di FNH non ha predisposto alcuna nota esplicativa o relazione sulla Fusione FNH.

Risultava evidente quindi la motivazione sottostante alla fusione come descritta nella relazione illustrativa¹⁶⁴ del Consiglio d'Amministrazione di FI: snellire la catena di controllo riferibile a FI, con conseguente riduzione dei costi e delle duplicazioni caratterizzanti la struttura societaria.

Si precisava poi che a conclusione dell'operazione, FI, quale società incorporante, avrebbe mantenuto la medesima forma giuridica, denominazione sociale e sede legale e avrebbe continuato ad essere disciplinata dal diritto italiano.

Ulteriore aspetto da considerare era la data di efficacia: la manovra avrebbe prodotto effetti a partire dall'iscrizione dell'atto di fusione presso il Registro delle Imprese di Torino¹⁶⁵. Da quel momento FNH avrebbe cessato di esistere come persona giuridica autonoma e le relative azioni sarebbero state annullate. Allo stesso modo FI avrebbe acquisito, a titolo di successione universale, tutte le attività e passività, beni mobili e immobili, tangibili e intangibili di pertinenza di FNH.

Si prevedeva poi che sarebbe stato compito del Registro delle Imprese di Torino comunicare la raggiunta efficacia dell'operazione alla Camera di Commercio di Amsterdam, la quale a sua volta avrebbe dovuto provvedere alla cancellazione di FNH.

¹⁶⁴ Relazione redatta ai sensi dell'Articolo 2501-quinquies del c.c., dell'Articolo 8 del d.lgs.108/2008 e dell'Articolo 70, comma 2 della Delibera Consob n.11971/1999. Costituisce l'Allegato 2 al progetto di fusione; la finalità è quella di illustrare agli azionisti e al mercato le conseguenze della Fusione FNH e, più in generale, i principali aspetti dell'operazione.

¹⁶⁵ Ai sensi dell'Articolo 15 del Decreto Legislativo 108 e della Sezione 2:333i, comma 1 del Codice Olandese.

La natura semplificata della fusione si rifletteva anche in ulteriori aspetti descritti sia nel progetto che nella relazione illustrativa. Nel primo documento, relativamente all'impatto della manovra sulle attività di FNH, si precisava solamente che queste sarebbero state proseguite da FI anche in base al compiersi delle successive fasi della complessiva Operazione.

L'atto continuava poi escludendo l'applicazione di particolari trattamenti o l'attribuzione di vantaggi a soggetti quali determinate categorie di azionisti di FI e FNH, terzi diversi dai soci titolari di peculiari diritti, amministratori o membri del collegio sindacale.

Ugualmente nella relazione illustrativa si sottolineava l'impatto che l'incorporazione avrebbe prodotto in capo ai portatori di interessi rilevanti ovvero azionisti, creditori e dipendenti.¹⁶⁶

In primo luogo, dal momento che FNH si presentava come una società il cui capitale era interamente e direttamente già posseduto da FI, si prevedeva che nessuna variazione avrebbe investito la compagine sociale, i diritti a questa riconosciuti e le modalità di esercizio. Per tale ragione inoltre la fusione non attribuiva agli azionisti di FI e FNH il diritto di recesso, solitamente garantito nel caso di realizzazione di una simile operazione.

Con riguardo ai creditori di FI, qualora il credito fosse sorto anteriormente all'iscrizione del Progetto di Fusione nel Registro delle Imprese di Torino, avrebbero avuto diritto a presentare opposizione nel termine di 60 giorni dalla medesima iscrizione.¹⁶⁷ Questo solo nell'ipotesi in cui la società partecipante alla manovra non avesse pagato gli

166 Secondo la disciplina prevista all'Articolo 8 del d.lgs.108/2008.

167 Sulla base di quanto disposto dall'Articolo 2503 del c.c..

stessi, depositato somme volte al loro soddisfacimento presso una banca o ottenuto il consenso. Anche nel caso di opposizione il tribunale competente poi avrebbe potuto autorizzare la procedura nel caso in cui il rischio di pregiudizio per i creditori fosse risultato infondato o la FI avesse prestato idonea garanzia per l'adempimento delle obbligazioni pendenti.

I creditori di FNH invece avrebbero potuto inviare l'atto di opposizione formale al Progetto di Fusione al tribunale di Amsterdam nel termine di un mese dalla pubblicazione su un quotidiano a rilevanza nazionale in Olanda del deposito del suddetto Progetto.¹⁶⁸ A quel punto FNH avrebbe dovuto fornire adeguate garanzie, a meno che il Tribunale non avesse ritenuto insufficienti le prove presentate dagli opposenti relativamente ad un accresciuto rischio di inadempimento delle loro pretese causato dalla stessa manovra di incorporazione.

Successivamente venivano considerate le conseguenze prodotte dalla fusione in capo ai dipendenti di FI e FNH. Sia nel progetto che nella relazione si precisava la mancata adozione di un sistema di partecipazione dei lavoratori ai sensi della direttiva 2005/56/CE da parte di entrambi gli agenti economici coinvolti.¹⁶⁹ In ogni caso, nonostante la procedura non comportasse effetti significativi sui lavoratori, veniva messa a disposizione di quest'ultimi la relazione illustrativa almeno 30 giorni prima la data di approvazione dell'operazione.¹⁷⁰

168 Secondo quanto previsto dalla Sezione 2:316 del Codice Olandese.

169 In questo modo non avrebbe trovato applicazione l'Articolo 19 del d.lgs.108/2008.

170 Ai sensi dell'Articolo 8 del d.lgs.108/2008.

Infine il Progetto comune affrontava il tema della valutazione contabile delle attività e passività da trasferire a FI. Punto di riferimento era la situazione esistente al momento della menzionata “Data di efficacia”.¹⁷¹

Infine si prevedeva ai sensi della legge olandese la necessaria sottoscrizione del Progetto da parte di ciascun membro del Consiglio d’Amministrazione di FI¹⁷² e FNH nonché la pubblicazione sul sito Internet e il deposito presso le rispettive sedi in adempimento al prescritto regime pubblicitario.

➤ *Fusione FI e Fusione CNH*

Le fasi successive della complessiva operazione erano rappresentate dalla Fusione FI, di Fiat Industrial S.p.A. in Fiat CBM Holdings N.V.(DutchCo) e dalla Fusione CNH, di Cnh in DutchCo. La documentazione ufficiale messa a disposizione constava dei relativi progetti di fusione, delle relazioni illustrative dei C.d.A., quelle degli esperti, della situazione patrimoniale al 31 dicembre 2012 di FI, DutchCo e Cnh, dei rispettivi statuti e dei bilanci negli esercizi 2009, 2010, 2011.

La “Fusione CNH” costituiva una manovra di carattere domestico disciplinata secondo le norme del diritto olandese, per questo motivo concentreremo maggiormente la nostra attenzione sulla procedura relativa a FI. In ogni caso si deve sottolineare che la relazione illustrativa predisposta dal Consiglio d’Amministrazione di DutchCo prendeva le mosse

171 Le situazioni patrimoniali al 31 dicembre 2012 di FI e FNH costituivano rispettivamente l’Allegato 3 l’Allegato 4 al Progetto di fusione.

172 In particolare in riferimento a FI la Fusione sarebbe stata definitivamente approvata dal C.d.A. con deliberazione risultante da atto pubblico, salvo quanto debitamente richiesto da almeno il 5% del capitale sociale di FI come previsto dall’Articolo 2505 del c.c..

dall'esame e dalla discussione di entrambe le vicende, nella prospettiva di un'analisi degli effetti prodotti dalla operazione globale.

Nella medesima relazione infatti veniva individuata la principale motivazione sottesa alla fusione transfrontaliera: la semplificazione della struttura societaria del gruppo FI, dal momento che al closing tutte le attività e passività di FI, FNH e CNH sarebbero state consolidate in (o controllate da) un'unica persona giuridica a titolo di successione universale, la DutchCo.

Anche dal punto di vista della struttura finanziaria, dapprima la Fusione FI e successivamente la Fusione CNH avrebbero prodotto significativi cambiamenti. FI era quotata sul Mercato Telematico Azionario organizzato e gestito dalla Borsa di Milano, mentre CNH sul New York Stock Exchange. L'intenzione delle holding coinvolte era quella di semplificare il capitale del gruppo FI mediante la creazione di un'unica classe di azioni quotate su entrambi i citati mercati.¹⁷³

Infine, in una prospettiva strategico – gestionale, la manovra tendeva ad integrare la produzione di FI e CNH nonché a creare un gruppo comparabile alle maggiori società nordamericane operanti nel settore dei *capital goods*.

Analizzando più nel dettaglio la Fusione FI saranno messi in risalto principalmente gli elementi aggiuntivi rispetto a quelli concernenti la Fusione semplificata FNH.

Un primo aspetto da considerare era l'emissione da parte di DutchCo di azioni a voto speciale da assegnare in aggiunta alle azioni

¹⁷³ Per tale motivo il perfezionamento dell'operazione era subordinato, *inter alia*, all'ammissione a quotazione delle azioni ordinarie DutchCo sul NYSE.

ordinarie ai soci legittimati di FI e CNH che ne avessero fatta apposita richiesta. Le caratteristiche delle azioni a voto speciale venivano meglio descritte nella bozza di statuto sociale di DutchCo.¹⁷⁴ In particolare si precisava quali componenti della compagine sociale potessero essere qualificati come “legittimati” a ricevere tali azioni aggiuntive. Si trattava dei titolari di azioni ordinarie “legittimate”, ovvero azioni che fossero state iscritte ininterrottamente, per un periodo di almeno tre anni, nel Registro Speciale in nome di un unico e identico azionista o dei suoi aventi causa e che avessero continuato ad esservi iscritte al momento in cui le fusioni fossero divenuti efficaci.¹⁷⁵

A seguito del perfezionarsi dell’intera operazione gli azionisti di DutchCo che avessero voluto legittimarsi per ricevere le azioni a voto speciale avrebbero dovuto richiedere l’iscrizione nel Registro Speciale delle proprie azioni ordinarie DutchCo. Una volta che le azioni fossero rimaste nel suddetto registro per tre anni sarebbero divenute “legittimate” e il detentore avrebbe avuto diritto a ricevere altrettante azioni a voto speciale.

174 Lo statuto costituiva l’Allegato 3 al Progetto di fusione. Nella relazione illustrativa redatta dal Consiglio d’Amministrazione di FI si prevedevano a titolo esemplificativo i requisiti che gli azionisti di FI e CNH avrebbero dovuto rispettare per l’assegnazione delle azioni a voto speciale:” (i) la partecipazione in proprio (ovvero tramite rappresentante) all’assemblea straordinaria di FI, o a seconda del caso, all’assemblea straordinaria di CNH in cui fosse stata deliberata la rispettiva fusione; (ii) la detenzione ininterrotta di azioni ordinarie di FI o CNH, a seconda del caso, a partire dalla *record date* relativa alla data dell’assemblea straordinaria degli azionisti di FI o di CNH; (iii) l’invio di un modulo debitamente compilato (contenente la richiesta a DutchCo di registrare alcune o tutte Azioni Ordinarie DutchCo -assegnate a tale azionista in occasione o come risultato della Fusione FI o della Fusione CNH- nel Registro Speciale e richiedere un corrispondente numero di azioni a voto speciale) unitamente ad una procura speciale anch’essa debitamente compilata; e (iv) l’invio di una dichiarazione da parte di un intermediario che attesti l’ininterrotta detenzione di azioni ordinarie di FI o CNH a partire dalla *record date* fino alla Data di Efficacia della Fusione FI o della Fusione CNH.”

175 Articolo 4 Statuto DutchCo.

Le azioni a voto multiplo da assegnare ai soci di lunga data costituivano strumenti volti a evitare diluizioni nella partecipazione e favorire il consolidarsi di una solida base azionaria.

Si rendeva nota inoltre l'adozione da parte di FI di un piano di stock grant, il "Fiat Industrial Long Term Incentive Plan ". In base a questo i beneficiari avrebbero ricevuto diritti con natura e contenuto analoghi rispetto ad un numero appropriato di azioni ordinarie DutchCo.

Significativa anche la determinazione del rapporto di cambio¹⁷⁶ con la predisposizione da parte di società di revisione indipendenti, su richiesta di DutchCo e FI, di una relazione sulla congruità del rapporto di cambio¹⁷⁷ stesso. I metodi di determinazione del suddetto rapporto veniva descritti nel dettaglio nelle relazioni illustrative predisposte dai Consigli d'Amministrazione di FI e DutchCo.

Ulteriore elemento rilevante era la previsione del diritto di recesso¹⁷⁸ garantito agli azionisti di FI che non avessero votato a favore del progetto comune di fusione transfrontaliera. L'efficacia del diritto risultava però sospensivamente condizionata alla conclusione e produzione di effetti dell'intera operazione.

Ai sensi dell'articolo 2437-*bis* i componenti della compagine sociale legittimati avrebbero potuto far valere ed esercitare la loro facoltà, in

176 Ciascun azionista FI alla data di efficacia della fusione FI avrebbe ricevuto un'azione ordinaria DutchCo (avente valore nominale 0,01 Euro ciascuna) per ogni azione di FI dallo stesso detenuta (avente valore nominale di 1,57 Euro ciascuna).

177 Come disposto dalle Sezioni 2:328 comma 1 e 2:333g del Codice Olandese e dall'Articolo 2501-sexies del c.c. e dall'Articolo 9 del d.lgs. 108/2008.

178 Diritto di recesso riconosciuto in base all'Articolo 2437 comma 1 lettera c del codice civile, in quanto la sede legale di FI sarebbe stata trasferita fuori dall'Italia; dall'Articolo 2437-*quinquies* c.c., dal momento che le relative azioni sarebbero state escluse dalla quotazione; dall'Articolo 5 del d.lgs. 108/2008.

relazione alla totalità o meno delle quote detenute, tramite l'invio di una comunicazione a mezzo raccomandata alla sede legale di FI entro il termine di quindici giorni dall'iscrizione presso il Registro delle Imprese di Torino della delibera assembleare di approvazione del progetto di fusione.¹⁷⁹

Dal momento in cui la fusione avesse iniziato a produrre effetti e fosse decorso tale periodo di tempo, le azioni sulle quali fosse stato esercitato il recesso sarebbero state offerte agli altri soci. Quelle rimaste invendute sarebbero state negoziate sul mercato per un giorno mentre per l'eventuale differenza sarebbero state acquistate da FI.

Erano presenti poi sia nel progetto che nelle relazioni illustrative predisposte dal Consiglio d'Amministrazione delle società coinvolte ulteriori punti già analizzati nelle precedenti pagine relative alla fusione semplificata FNH. In particolare ad esempio la previsione della data di efficacia, della necessaria approvazione da parte degli organi sociali, la descrizione degli effetti della manovra in capo agli azionisti, ai creditori e ai dipendenti.

Le riflessioni elaborate nelle ultime pagine attinenti alla vicenda di Cnh Industrial sono sicuramente molto utili soprattutto poiché nei documenti analizzati si riscontra l'applicazione pratica della disciplina giuridica in tema di fusioni transfrontaliere e trasferimento di sede illustrata nel capitolo secondo. Inoltre quanto detto ci aiuta anche a comprendere meglio i dettagli dell'operazione di incorporazione tra Fiat e Chrysler, in

179 Il prezzo di liquidazione da corrispondere per le azioni su cui i soci avessero esercitato il diritto di recesso sarebbe stato equivalente alla media aritmetica del prezzo di chiusura delle azioni ordinarie di FI nei sei mesi precedenti alla pubblicazione della convocazione dell'assemblea straordinaria FI che avesse legittimato l'esercizio del diritto di recesso stesso. Quale condizione per il realizzarsi dell'operazione, tra le altre, era posto il limite di 325 milioni di Euro come ammontare massimo da corrispondere agli azionisti e ai creditori di FI che avessero esercitato rispettivamente il diritto di recesso e opposizione loro garantito dalla legge.

attesa della predisposizione e approvazione della relativa documentazione ufficiale.

Conclusioni

Nel corso della trattazione si è affrontata la questione della mobilità degli enti privati all'interno dei confini dell'Unione Europea, concentrando l'attenzione sui diversi strumenti giuridici messi a disposizione degli agenti economici, in particolare il trasferimento della sede sociale all'estero. Come anticipato, il metodo adottato ha consentito di sviluppare la riflessione su due piani differenti, uno di carattere teorico e l'altro più orientato all'analisi della recente prassi degli affari. In questo modo anche i risultati ottenuti si presentano di natura eterogenea tra loro.

Dapprima si è voluta dimostrare l'ammissibilità del cambiamento di *lex societatis* applicabile senza un'obbligatoria liquidazione e ricostituzione dell'ente in un differente ordinamento. Una società oggi può considerarsi libera di trasferire la propria sede sociale ed essere regolata dalla normativa di un paese diverso da quello di incorporazione. Questa posizione è sostenuta e avvalorata principalmente dalle pronunce della Corte di Giustizia europea, le quali hanno dato un'interpretazione estensiva alle disposizioni relative alla libertà di stabilimento contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Come noto uno dei principali obiettivi comunitari è il raggiungimento di un elevato livello di integrazione tra gli Stati membri. Dal punto di vista del diritto societario, questo scopo può essere perseguito cercando da un lato di avvicinare le diverse normative nazionali esistenti, dall'altro predisponendo degli strumenti giuridici che consentano alle imprese di acquisire una "dimensione europea", facilitando la loro mobilità entro i confini dell'Unione stessa. Possono considerarsi utili a tale finalità le procedure di trasferimento della sede all'estero, di fusione transfrontaliera e di costituzione e diversa localizzazione di Società Europea. Nella trattazione

si è cercato di sottolineare la vicinanza tra le suddette fattispecie, dal momento che tutte permettono il cambiamento di legge applicabile e l'incorporazione in un ordinamento diverso da quello di costituzione. Tale vicinanza di effetti e caratteri non è però accompagnata da un medesimo livello di normativa. In particolare se le fusioni transnazionali e lo statuto di Società europea vengono disciplinate da apposite fonti comunitarie (la Direttiva 2005/56/CE e il Regolamento 2157/2001/CE), il procedimento relativo al trasferimento della sede, nonostante numerosi tentativi, non ha ancora trovato un'adeguata regolamentazione. Giunti a questo risultato nell'analisi si è cercato di rinvenire una risposta a tale lacuna legislativa, seguendo il pensiero di alcuni commentatori i quali hanno proposto l'applicazione analogica ed estensiva delle disposizioni in materia di fusioni o di SE anche alle ipotesi di "trasformazione internazionale" di società. Nel fare ciò è stato adottato un approccio funzionalistico, concentrando l'attenzione soprattutto sugli strumenti necessari alla protezione dei soggetti i cui interessi potrebbero essere avvantaggiati o, più spesso, lesi da una diversa localizzazione societaria (azionisti di minoranza, creditori, altre categorie di finanziatori).

In secondo luogo sono stati presi in considerazione alcuni recenti casi in cui gruppi multinazionali hanno deciso di trasferire la propria sede in un ordinamento diverso da quello di incorporazione. In particolare abbiamo considerato le scelte di organizzazione societaria della holding italiana Fiat S.p.A. nell'ambito della procedura di incorporazione con Chrysler Group, dato il coinvolgimento diretto del nostro paese nella vicenda. Attraverso l'analisi si volevano indagare le cause che oggi rendono conveniente e dunque incentivano questo tipo di delibera societaria. A tale riguardo si è riscontrata l'opportunità per le diverse

imprese, soprattutto di medie e grandi dimensioni, di ricercare le condizioni migliori per l'esercizio dell'attività e il perseguimento di determinati fini. Come affermato, le società possono oggi muoversi e localizzarsi liberamente all'interno dei confini europei e scegliere nel "mercato delle regole" la legge applicabile più adatta alle proprie esigenze. Proprio in questa prospettiva si spiega la volontà di numerosi enti di trasferirsi in ordinamenti che possano offrire un diritto societario più flessibile, soprattutto in riferimento alla disciplina sul capitale e all'imposizione fiscale. Quanto detto comporta alcune conseguenze: se gli agenti economici si pongono sul "mercato delle regole" dal lato della domanda di diritto i singoli Stati tentano di rispondervi, predisponendo un "terreno" normativo fertile per l'incorporazione di società straniere. Risultato della riflessione sembra essere l'esistenza di una sorta di competizione nel rapporto tra i vari ordinamenti, ognuno dei quali tende ad attrarre il maggior numero di imprese sul proprio territorio.

Naturalmente nella presente trattazione sono stati messi in risalto solamente gli aspetti più significati dell'argomento trattato; numerose questioni rimangono ancora aperte e meriterebbero un adeguato approfondimento. Tra queste ad esempio il bilanciamento e il possibile contrasto tra l'obiettivo posto dai principi comunitari di integrazione delle normative degli Stati membri e il meccanismo di regulatory competition appena descritto.

Allo stesso modo, nel ricostruire le funzioni attribuite dalle diverse disposizioni legislative al concetto di sede, si è menzionata la nozione di centro degli interessi principali del debitore (COMI dall'acronimo inglese), criterio scelto dalla legislazione comunitaria sulle insolvenze transfrontaliere per l'individuazione dello Stato competente ad aprire la

procedura principale. Sarebbe interessante quindi riflettere più accuratamente sulle conseguenze prodotte dal trasferimento della sede anche nell'ambito dell'applicazione delle legge fallimentare.

Infine sempre nuove sono le questioni che l'interprete si trova a dover affrontare in tema di localizzazione di società commerciali e loro mobilità. Si pensi ad esempio a quanto lo sviluppo di internet e il processo di globalizzazione abbiano relativizzato i concetti di nazione, Stato, territorio, diritto nazionale. In questo modo oggi assistiamo con sempre maggiore frequenza al fenomeno delle "dematerializzazione" della sede sociale e alla nascita di e- company.

Risulta chiaro da quanto detto che, al fine di rispondere positivamente alle esigenze degli agenti economici, la materia necessita un continuo aggiornamento e riesame da parte del legislatore sia nazionale che europeo.

Bibliografia

ARNÒ, FISCETTI, *Le fusioni transfrontaliere. Esame della direttiva 2005/56/CE e del D.Lgs. 108/2008*, ed. Egea, 2008.

BALLARINO T., *Diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1999.

BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea- Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, fasc.4 pag.669 ss.

BARRA CARACCILO, *Libertà di stabilimento e rilevanza della personalità giuridica riconosciuta presso altro Stato membro: prime aperture della Corte di Giustizia Europea*, in *Foro amm.*, 2002.

BELLINAZZO M., *Fiat e tasse, ecco cosa resterà all'Italia*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2014.

BELLINAZZO M., *Il <<bonus>> della cittadinanza inglese*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2014 pag.3.

BELLINAZZO M., *L'Italia perde l'Ires e l'Irap della holding Fca*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014, pag.29.

BENEDETTELLI M.V., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv soc*, 1997 pag.39 ss.

BENEDETTELLI M.V., *Le fusioni transfrontaliere*, in *Nuovo diritto delle società*, Torino, 2006-2007, pag.365 ss.

BENEDETTELLI M.V., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv.dir.inter.proc.civ.*, 2001 pag.569 ss.

BENEDETTELLI M.V., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle società* 2010, fasc 6 pag.1251 ss.

BENEDETTELLI M.V., *Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Rivista delle società*, 2003, pag.699 ss.

BENIGNI C., TOMASSINI A., *Dopo Fiat, meno tasse e più investimenti. Ecco perché le società scelgono la doppia sede all'estero*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014.

BRICCO P., *Il <<nuovo secolo>> fra Torino e Detroit*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2014, pag.2.

CALABRESI M., *Elkann: "per l'auto futuro più solido. Io resto qui al Lingotto."*, in *La Stampa*, 30 gennaio 2014.

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol.2, Torino, 2006.

CARDUCCI A.A., *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giurisprudenza Commerciale* 2008, fasc. 6 pt 1 pag.1194 ss.

CARRARA C., *Il caso Centros Ltd. C. Erhvervs-og Seiskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionaleprivatistico della sede effettiva*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2001, p. 4.

CIANFLONE M., MALAN A., *Fiat diventa Fca e trasloca: sede legale in Olanda, quella fiscale in Gb*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 gennaio 2014.

COLANGELO, *La "Società Europea" alla prova del mercato comunitario delle regole*, in *Eur.dir.priv.*, 2005, 147 ss.

CORAPI D., PERNAZZA F., *La società europea. Fonti comunitarie e modelli nazionali*, Giappichelli Editore, 2011.

DI CESARE, *Il trasferimento della sede della società all'estero*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc 2, 2009, pag.291 ss.

DICEY A., MORRIS J., COLLINS L., *The Conflict of Laws*, London, 2006.

- DRURY, *A European look at the American experience of the Delaware syndrome*, in *j.corp.l.stu.*,2009,pag.3 ss.
- ENRIQUES L, *Capitale,azioni e finanziamento della Società europea:quando meno è meglio*,in *Rivista delle società* fasc 2-3 2003 pag.375 ss.
- ENRIQUES L., *EC company law and the fear of a European Delaware*,in *EBLR*,2004.
- ENRIQUES L., GELTER M., *How the old world encountered the new one: regulatory competition and cooperation in European Corporate and Bankruptcy law*, Discussion paper n.19,2008 in *Harvard Law and Economics School Discussion Paper Series*.
- FANUELE, MUCCIARELLI F.M., *Questioni in tema di fusioni transfrontaliere*,in *Giur.comm.*,2008,744 ss.
- FERRI JR, GUIZZI, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*,in *Il nuovo diritto societario, Liber amicorum G.F. Campobasso*, a cura di Abbadessa e Portale,vol.4,Torino,2007,231 ss.
- FIMMANO' F., *Trasferimento della sede all'estero e principio di incorporazione*,nota a *d. Trib.Verona*,5 dicembre 1996,in *Società* 1997, pag.575 ss.
- GALBIATI W., *Fiat Industrial dice addio all'Italia.In Olanda benefici per gli Agnelli*,in *La repubblica*, 26 novembre 2012.
- GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza fra ordinamenti,arbitraggi,diritto comune europeo*,Milano,2004.
- GUACCERO A., *Libertà di stabilimento e diritto societario degli stati membri:Europa vs. Usa* in *Rivista delle società* 02-03 2003 pag.133 ss.
- Here, there and everywhere-why some businesses choose multiple corporate citizenships*, in "The economist", 22 febbraio 2014.
- LIAKOPOULOS D.,MANCINI G., *La direttiva n.2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali*,in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n.3/ 2008 pag.7 ss.
- LOMBARDO S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso Überseering Bv: tra armonizzazione e concorrenza fra gli ordinamenti in Banca,borsa,tit.cred.* 2003,4,pag.456 ss.
- MAISANO L., *Cinque motivi per scegliere Londra*,in *Il Sole 24 Ore*,29 gennaio 2014 pag.24.

MALAN A., *Fca è più forte di Fiat, ma resta il nodo investimenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2014, pag. 3.

MALAN A., <<*La sede Fiat? Questione difficile*>> *Alzati i target per Jeep: nel 2014 il marchio punta al milione di auto vendute*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 gennaio 2014 n. 14, pag. 30.

MALAN A., *Fiat-Chrysler, nel rebus sede spunta una holding olandese*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2014 n. 23, pag. 28.

MALAN A., *Fiat, la nuova holding entro l'estate-Elkan: <<Fca avrà sede fiscale Gb per attrarre gli investitori Usa>>-Rimbalzo del titolo in Borsa*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014, pag. 29.

MALAN A., *Fiat sale al 100% di Chrysler-Con l'acquisto del 41,5% dal Veba si chiude il processo avviato nel 2009*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2014, pag. 28.

MANZINI P., MUCCIARELLI F.M., *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario tra società e legislazione nazionale* in *Giurisprudenza Commerciale* 2009, fasc. 4 part. 2 pag. 614 ss.

MARCHETTI P., *Il nuovo Action Plan europeo in materia societaria e di corporate governance* in *Rivista delle società* 2013 fasc. 1 pag. 225 ss.

MARGIOTTA G., *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Rivista del Notariato*, 2004, fasc. 3, pt. 1, pag. 649 ss.

MOCK S., *Harmonization, Regulation and legislative Competition in European corporate law* in *German Law Journal-Review of developments in German, European and International Jurisprudence*.

MUCCIARELLI F. M., *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, fasc. 6, pt. 1, pag. 1224 ss.

MUCCIARELLI F.M., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. Comm.*, 2000, II pag. 559 ss.

MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi* in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* 2010, Giuffrè Editore.

MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2003, fasc. 1, pag. 29 ss.

PERRINO, *La riforma della disciplina delle fusioni di società*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag. 527 ss.

PERRONE A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"* in *Riv. Soc.* 2001 fasc. 5 pag. 1292 ss.

PETRELLI G., *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Rivista del Notariato*, 2004, fasc. 2 pt 1 pag. 343 ss.

PINOTTI C., *Concorrenza fra ordinamenti ed armonizzazione del diritto societario: un binomio possibile?*, in www.foroeuropa.it.

PORTALE G., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giur.*, 2003 pag. 140 ss.

PORZIO V.M., *La sede dell'impresa*, Napoli, 1970.

RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese in Il codice civile. Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 2002.

RAMMELOO, *Corporations in private International law*, Oxford, 2001.

REDAZIONE ECONOMIA IL CORRIERE DELLA SERA, *La Fiat sale al 100% di Chrysler. Marchionne: «Ora saremo costruttore globale»*, in *Il Corriere della Sera*, 2 gennaio 2014.

RIGHINI A., *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2006 pag. 755 ss.

RUSTICO ANGELA, *La sede dei gruppi multinazionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Fasc 3, 2007, pag. 466 ss.

SALVATORES C., *L'esterovestizione di società tra sede dell'amministrazione, sede di direzione effettiva e sede di direzione e coordinamento*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2010, fasc 13, pag. 1072 ss.

SANTA MARIA A., *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008.

SANTA MARIA A., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973.

TINO, *Fusione: evento modificativo o estintivo? Brevi riflessioni a seguito della riforma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, 235.

TORINO R., *Diritto di stabilimento delle società e trasferimento transnazionale della sede. Profili di diritto europeo e italiano in Aspetti d'interesse notarile nel diritto dell'Unione europea*, Studio Immigrazione s.a.s. ed. 30 maggio 2012.

VITTORI R., *Export, delocalizzazione, internazionalizzazione - Un'opportunità delle aziende italiane per superare la crisi*, Milano, 2013, Franco Angeli Editore.

UFFICIO STAMPA FIAT S.p.A., Comunicati Stampa in <http://www.fiatspa.com>.

WYMEERSCH E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle società* 2003 fasc. 4 pag. 723 ss.

Giurisprudenza

Corte di Giustizia

CARTESIO Oktató és Szolgáltató, C-210/06 [2008] ECR I-09641.

Centros Ltd v Erhvervsog Selskabsstyresen, C-212/97 [1999] ECR I-1459.

D.H.M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beropen C-79/85, [1986], ECR I-2375.

Eurofood IFSC Ltd, C-341/04 [2006] ECR I-1078.

Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art, C-167/01, [2003] ECR I-1095.

SEVIC System AG, C-411/03, [2005] ECR I-10805.

The Queen v H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue ex parte Daily Mail and General Trust plc, C-81/87 [1998] ECR I-5483.

Uberseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH C-208/00
[2002] ECR I-9919.

Italia

Corte di Cassazione

Cass.,S.U. 23 gennaio 2004, n.1244, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*,2005,1381 ss.

Tribunale

Trib. Alessandria, decreto 19 agosto 1995, in *giur.comm.*, 1996, II, p. 415;

Trib. Monza (decr.) 5 aprile 2002, in *giur. Comm.*, 2003, II 558 ss.

Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Le società*, 1997, 574 ss.

Corte d'appello

App. Torino, decreto 1 dicembre 1995, in *Nuova giur. Civ.comm.*, 1996, 855 ss.

App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. Not.*,2000,167 ss.