

# **Rivista di diritto internazionale privato e processuale**

*fondata da* **MARIO GIULIANO**

*diretta da*

**FAUSTO POCAR** *responsabile*

**TULLIO TREVES**

**ROBERTA CLERICI**

**STEFANIA BARIATTI**

**SERGIO M. CARBONE**

**ANDREA GIARDINA**

**RICCARDO LUZZATTO**

**FRANCO MOSCONI**



Wolters Kluwer

CEDAM

DOMENICO DAMASCELLI  
PROFESSORE ASSOCIATO NELL'UNIVERSITÀ DEL SALENTO

## IL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE DA E PER L'ESTERO CON MUTAMENTO DELLA LEGGE APPLICABILE \*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. La soluzione offerta dal diritto dell'Unione europea. – 3. Prospettive di riforma del diritto italiano in materia.

1. Nel diritto positivo, la locuzione «sede sociale» può essere declinata in almeno due diversi significati.<sup>1</sup>

In primo luogo, si parla di sede statutaria (o sede legale o *registered office*) per indicare il luogo che nell'atto costitutivo, nello statuto o negli altri atti che la *lex societatis* richiede per la creazione dell'ente è indicato come sede iniziale della società.

Per sede reale (o sede amministrativa o sede principale dell'impresa) si intende, invece, il luogo – potenzialmente diverso dal primo – in cui si svolgono i processi decisionali attraverso i quali la società determina la propria volontà.

Nel momento genetico della società, almeno di regola, la sede statutaria e la sede reale coincidono; tale unica sede è necessariamente localizzata nel territorio dello Stato la cui legge ha presieduto alla sua creazione, e ciò anche ai fini dell'individuazione del pubblico registro competente a ricevere gli adempimenti pubblicitari conseguenti alla costituzione.

Durante la vita della società, invece, è possibile che i soci decidano di dislocare all'estero la sede sociale, sollevando con ciò il problema internazionaleprivatistico, determinato dal fatto che, in quel momento, la società entra in contatto con un ordinamento diverso da quello della sua costituzione.

L'analisi della prassi indica che, ove i soci deliberino una siffatta operazione, l'intenzione perseguita può dirigersi verso due diversi obiettivi.

Precisamente, è possibile che i soci vogliano trasferire all'estero la sede sociale mantenendo applicabile alla società la legge dello Stato di incorporazione, ovvero vogliano che al trasferimento di sede all'estero si accompagni un mutamento della legge applicabile alla società.

La possibilità di conseguire in concreto l'uno o l'altro intendimento, dipende dal modo di disporre degli ordinamenti in considerazione.

---

\* L'articolo è stato sottoposto a *peer review* tramite referaggio esterno.

<sup>1</sup> Sul tema, v. l'accurata ricostruzione di BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1251 ss.

Esemplificando, e dando per presupposto che gli ordinamenti di entrambi gli Stati (quello di partenza e quello di arrivo) ammettano il trasferimento transfrontaliero delle società con continuità soggettiva dell'ente (cioè senza disporre la liquidazione nel primo e la ricostituzione nel secondo), il trasferimento di sede senza mutamento di legge applicabile può aversi nel caso in cui una società deliberi il trasferimento della sede reale in uno Stato il cui diritto internazionale privato contempri, quale criterio di collegamento in materia di designazione della legge applicabile alle società, il criterio dell'incorporazione (e il medesimo criterio sia adottato dell'ordinamento dello Stato di partenza).

È il caso avuto di mira dall'art. 25 comma 1, secondo periodo della l. 31 maggio 1995 n. 218 in virtù del quale la società straniera che trasferisce in Italia la sede amministrativa continua a essere retta dalla legge che l'ha creata; quest'ultima norma, infatti, dispone l'applicazione della legge italiana limitatamente alle norme imperative del diritto societario, senza pretendere la ricostituzione della società secondo il nostro diritto.<sup>2</sup> Viceversa, potrà aversi mutamento della legge applicabile quando entrambi gli ordinamenti in presenza adottino, quale criterio di collegamento per la designazione della *lex societatis*, il luogo di situazione della sede statutaria o reale della società, e tale sede sia trasferita all'estero, ovvero quando l'ordinamento di partenza contempri il criterio di collegamento della sede statutaria o reale e quello di arrivo adotti il criterio di collegamento dell'incorporazione, ma ammettendo il rinvio indietro.

Un esempio di quest'ultimo tipo è fornito dal caso del trasferimento in Italia della sede di una società belga, in cui l'originaria localizzazione della fattispecie presso l'ordinamento di incorporazione (*ex art. 25 comma 1, primo periodo della legge n. 218/1995*) è corretta mediante il rinvio indietro alla nostra legge (*ex art. 13 comma 1 lett. a medesima legge*) attivato dagli artt. 110 comma 1 e 112 comma 2 della legge belga 16 luglio 2004 (*Code de droit international privé*).<sup>3</sup>

Si noti che l'integrale applicazione, in questi ultimi due casi, della le-

<sup>2</sup> A tale conclusione si giunge per il tramite di un'interpretazione sistematica dei due precetti di cui si compone l'art. 25 comma 1 della legge n. 218/1995; precisamente, con il primo periodo di tale disposizione il legislatore pone la regola generale secondo cui alla società è applicabile la legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione; con il secondo, sul presupposto che tale procedimento si sia perfezionato all'estero e, dunque, che la società sia regolata da una legge straniera, il legislatore dà rilievo alla legge italiana, la cui considerazione sarebbe esclusa dal funzionamento della regola generale: sul punto, sia consentito rinviare a DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, p. 65 ss.

<sup>3</sup> Precisamente, la prima delle norme dispone che: «La personne morale est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution»; mentre per la seconda: «En cas de transfert de l'établissement principal sur le territoire d'un autre État, la personne morale est régie par le droit de cet État à partir du transfert».

gislazione dello Stato «di arrivo» comporta che alla delibera di trasferimento debba accompagnarsi l'adozione di norme statutarie conformi a uno dei tipi previsti dalla nuova legge applicabile.

Tradotto in termini tecnici, ciò implica, innanzitutto, che è necessario fissare nel territorio dello Stato non solo la sede reale ma anche la sede statutaria della società: se, infatti, gli ordinamenti nazionali annoverano la fissazione e il mantenimento di tale sede sul territorio dello Stato tra i requisiti essenziali per la concessione e per la conservazione in capo alla società della loro «nazionalità», quale rovescio della medaglia, essi negano l'iscrizione nei propri registri, che è il presupposto indefettibile per la concessione della personalità, a società che pretendono di assumere una delle forme giuridiche previste dal diritto nazionale senza fissare sul territorio dello Stato tale sede.

Secondariamente, l'operazione dovrà essere subordinata all'applicazione, non solo delle norme sostanziali in materia di trasferimento di sede, ma anche di quelle in materia di trasformazione societaria (con gli adattamenti derivanti dal carattere internazionale della fattispecie).<sup>4</sup>

Va subito aggiunto che il trasferimento di sede all'estero con mutamento della legge applicabile pare precluso alle società italiane, in forza del combinato disposto degli articoli 25 n. 3 e 25 n. 1, primo periodo della legge n. 218/1995, e ciò, precisamente, perché, ai sensi di quest'ultima norma, la società incorporata in Italia continua a essere soggetta alla nostra legge ovunque trasferisca la propria sede. A stretto rigore, pertanto, siffatto trasferimento dovrebbe ritenersi inefficace ai sensi del citato art. 25 comma 3:<sup>5</sup> un esito del genere (che si spiega col mancato coordinamento tra la norma in materia di trasferimento di sede e la modifica del comma 1 dell'art. 25 che, in sede di conversione del disegno di legge governativo,<sup>6</sup> ha portato alla soppressione della presunzione di coincidenza tra *lex societatis* e legge dello Stato di localizzazione della sede statutaria) è apparso inaccettabile a numerosi commentatori i quali si sono sforzati di proporre correttivi in via interpretativa, risultati tuttavia insoddisfacenti di fronte al dettato normativo.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> In tal senso v. già MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, p. 174 ss.

<sup>5</sup> Così, Cass., s.u., 23 gennaio 2004 n. 1244, in questa *Rivista*, 2004, p. 1381 ss., la quale considera connaturato al trasferimento della sede sociale all'estero con mutamento della legge applicabile lo scioglimento della società in Italia.

<sup>6</sup> Detto disegno di legge, unitamente alla relazione illustrativa e agli altri atti parlamentari relativi alla legge n. 218/1995, possono leggersi in POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2<sup>a</sup> ed. con la collaborazione di Honorati, Milano, 2002, p. 85 ss.

<sup>7</sup> Il dibattito dottrinale è ricostruito in DAMASCELLI, *I conflitti di legge cit.*, p. 131 ss., ove pure si trovano i rilevanti riferimenti giurisprudenziali, cui *adde* Cass., 28 settembre 2005 n. 18944, in *Fall.*, 2006, 4, p. 471 s., Trib. Torino, 10 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 7, p. 1697 ss., con nota SPIOTTA, *Trasferimento della sede sociale all'estero: brevi note fra*

2. Le due fattispecie di cui si discorre sono ben note al diritto dell'Unione europea.

Gli effetti diretti che la libertà di stabilimento – grazie all'interpretazione data dalla Corte di giustizia agli artt. 49 e 54 TFUE – spiega nei confronti del diritto materiale degli Stati membri sono considerati ormai da tempo sufficienti a garantire la piena realizzazione della prima tipologia di trasferimento (cioè del trasferimento senza mutamento della legge applicabile): dopo le sentenze *Centros Ltd*, *Inspire Art* e *Überseering*<sup>8</sup> è pacifico, infatti, che, in forza di detta libertà, le società costituite secondo la legislazione di uno degli Stati membri possono dislocarsi nel territorio di un altro di detti Stati, a titolo primario (tramite il trasferimento ivi della sede amministrativa) o secondario (tramite l'apertura di una sede secondaria, di un'agenzia, di una filiale o di una succursale), continuando a essere regolate, in via integrale ed esclusiva, dalla legge del primo (con conseguente disattivazione delle norme che, in tutto o in parte, unilateralmente dispongano – come fa l'art. 25 comma 1, secondo periodo della legge n. 218 del 1995 – l'applicazione della legge locale al ricorrere di taluni collegamenti, ritenuti significativi dal legislatore, con lo Stato).

Ma la più recente giurisprudenza della Corte è pervenuta anche a rimuovere i possibili ostacoli che il diritto internazionale privato dei singoli Stati membri può frapporre alla realizzazione del trasferimento di sede transfrontaliero con mutamento della legge applicabile.

---

*vecchio e nuovo diritto fallimentare, ivi*, p. 1699 ss.; Trib. Milano, Giudice del Registro delle imprese, 7 gennaio 2013, in *Giur. it.*, 2014, 3, p. 616 ss., con nota BOGGIO, *Trasferimenti fittizi, incompleti o «ultrannuali» della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*, p. 618 ss. È salvo il diverso trattamento che – per le ragioni che si diranno al par. 2 – deve essere riservato alle fattispecie di trasferimento della sede di una società italiana in un altro Stato membro dell'Unione europea (il punto non è stato colto dalla sentenza delle S.U. citata alla nota 5, che ha statuito nel senso ivi indicato nonostante la fattispecie riguardasse il trasferimento di una società italiana in Lussemburgo).

<sup>8</sup> Si tratta, rispettivamente, delle sentenze 9 marzo 1999, in causa C-212/97, in *Raccolta*, 1999, p. I-1459 ss.; 30 settembre 2003, in causa C-167/01, in *Raccolta*, 2003, p. I-10155 ss.; 5 novembre 2002, in causa C-208/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-9919 ss. Con la prima, la Corte di giustizia ha giudicato illegittimo il comportamento dell'Erhvervsog Selskabsstyrelsen (Direzione generale del commercio e delle società) danese che ha rifiutato la registrazione in Danimarca della succursale di una società di diritto inglese, per il motivo che – esercitando quest'ultima società la propria attività esclusivamente in Danimarca – doveva ritenersi che l'apertura della succursale avesse lo scopo di eludere l'applicazione delle norme danesi in materia di costituzione di società, più severe di quelle inglesi sotto il profilo della liberazione di un capitale sociale minimo; la seconda sentenza ha ritenuto in contrasto con il diritto comunitario la negazione della capacità giuridica in capo a una società di diritto olandese, interamente posseduta da due cittadini tedeschi, e con sede effettiva in Germania che non si fosse ricostituita secondo le forme previste dal diritto tedesco; la terza sentenza, infine, ha valutato in contrasto con il diritto comunitario l'obbligo imposto alla succursale di una società di diritto inglese nei Paesi Bassi di inserire la menzione di «società formalmente straniera».

Precisamente, la Corte ha fatto leva sulla disciplina della trasformazione allo scopo di assicurare il realizzarsi di tale trasferimento nel caso in cui a ciò non giovi la combinazione del modo di disporre delle norme di conflitto degli ordinamenti in presenza. Il risultato è perseguito affermando, in prima battuta, che, nell'ipotesi di trasferimento di sede finalizzato a una trasformazione societaria internazionale, eventuali restrizioni poste dallo Stato membro «di partenza» che impediscano ai privati di avvalersi di una trasformazione consentita dallo Stato membro «di arrivo» risultano in contrasto con la libertà di stabilimento riconosciuta alle società dai citati artt. 49 e 54 TFUE (punti 100-113 della sentenza *Cartesio*);<sup>9</sup> e, in secondo luogo, a completamento della regola appena citata, che tali articoli «ostano a una normativa nazionale che, pur prevedendo per le società di diritto interno la facoltà di trasformarsi, non consente, in generale, la trasformazione di una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro in società di diritto nazionale» (punto 41 della sentenza *Vale*).<sup>10</sup>

Da quanto precede emerge con sufficiente chiarezza che, grazie alla giurisprudenza della Corte, la mobilità intracomunitaria delle società è assicurata in maniera pressoché completa, al giorno d'oggi rimanendo

---

<sup>9</sup> Corte di giustizia, 16 dicembre 2008, in causa C-210/06, in *Raccolta*, p. I-9641 ss. La vicenda riguardava una società in accomandita semplice di diritto ungherese, la *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, che si è vista respingere dal Bács-Kiskun Megyei Bíróság (Tribunale regionale di Bács-Kiskun), in veste di Tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese, la domanda diretta a ottenere l'iscrizione della delibera di trasferimento della sua sede dall'Ungheria in Italia. Secondo la Corte di giustizia, mentre uno Stato membro – conformemente all'insegnamento impartito nel caso *Daily Mail* (sentenza 27 settembre 1988, in causa C-81/87, in *Raccolta*, 1988, p. 5483 ss.) – dispone della facoltà «di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale *status* qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo» (punto 110), «siffatta ipotesi di trasferimento della sede... senza cambiamento del diritto cui è soggetta deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile» (punto 111) dovendosi, in questo secondo caso, ritenere che la facoltà richiamata al punto 110 «non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta» (punto 113).

<sup>10</sup> Corte di giustizia, 12 luglio 2012, in causa C-378/10. La vicenda riguardava una società di diritto italiano, la *VALE Costruzioni Srl*, che otteneva la cancellazione dal registro delle imprese, motivandola con l'intenzione di trasferire la propria sede sociale e la propria attività in Ungheria. Successivamente, la medesima società assumeva la forma di società a responsabilità limitata di diritto ungherese e la denominazione *VALE Építési kft*. Tuttavia, sia il Fővárosi Bíróság (Corte di Budapest), in veste di cégbíróság (tribunale commerciale), che il Fővárosi ítéltábla (Corte d'appello regionale di Budapest), respingevano la domanda di registrazione della società, dal momento che, «ai sensi della normativa ungherese applicabile alle società, una società costituita e registrata in Italia non può trasferire la sua sede sociale in Ungheria e non può farsi registrare in tale paese nella forma richiesta» (punto 12).

precluso unicamente il trasferimento di sede con cambio della legge applicabile verso Stati membri che non conoscano una disciplina materiale sulla trasformazione delle società.

3. Chiarito nel senso che precede il vigente quadro normativo, occorre domandarsi se vi siano ragioni di opportunità – o, addirittura, obbligazioni derivanti dal diritto europeo – tali da spingere il legislatore italiano a un intervento riformatore della materia.

Un primo possibile profilo di intervento concerne l'art. 25 comma 3 della legge n. 218/1995. Pur dovendosi ritenere, infatti, che quest'ultima norma – in virtù della richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia e del generale principio di supremazia del diritto europeo sul diritto nazionale con esso incompatibile<sup>11</sup> – non ostacoli la trasformazione internazionale di una società italiana in una società tipizzata dal diritto di un altro Stato membro dell'Unione europea (e viceversa), essa continua a reggere il trasferimento di sede delle società italiane verso Stati extra europei (e viceversa), sanzionando di inefficacia – come sopra si è detto – quelle fattispecie in cui a tale trasferimento segua, per volontà dei soci o per il modo di disporre dell'ordinamento dello Stato di arrivo, un cambiamento della legge applicabile.

Precisamente, la riforma dell'art. 25 comma 3 della legge n. 218/1995 dovrebbe chiarire che, ove i soci intendano trasferire la sede sociale all'estero assumendo uno dei tipi sociali previsti dalla legge locale e sempre che ciò sia consentito da quest'ultima, la legge regolatrice della società diviene quella dello Stato «di arrivo», senza che a ciò osti il comma 1 del medesimo art. 25.

Esistono in proposito modelli normativi desumibili da altri ordinamenti che, opportunamente adattati, possono fungere da ispirazione. Oltre al già citato art. 112 comma 2 della legge belga 16 luglio 2004, assume peculiare interesse l'art. 17 comma 2 della legge di diritto internazionale privato della *ex* Jugoslavia, secondo cui: «Se la persona giuridica ha la sede effettiva in uno Stato diverso da quello in cui è stata costituita e se, secondo il diritto di tale Stato, è considerata ad esso appartenente, verrà considerata come una persona giuridica appartenente a quest'ultimo Stato».<sup>12</sup>

<sup>11</sup> L'affermazione della *primauté* del diritto comunitario, che comporta la disapplicazione da parte del giudice del diritto nazionale col primo contrastante, risale a Corte di giustizia, 9 marzo 1978, in causa 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss. Sulla questione, v., per tutti, VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, 4<sup>a</sup> ed., Bari, 2016, p. 418 ss.

<sup>12</sup> Traduzione tratta da CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano. Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno 1984*, Milano, 1986, p. 834.

Ma l'analisi delle norme meritevoli di un intervento riformatore coinvolge anche talune disposizioni del codice civile.

Innanzitutto, vengono in considerazione l'art. 2369 comma 5 e gli artt. 2437 comma 1 lett. *c* e 2473 comma 1 cod. civ.

La prima disposizione fissa in più di un terzo del capitale sociale il *quorum* deliberativo dell'assemblea straordinaria in seconda convocazione delle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio avente all'ordine del giorno il trasferimento della sede all'estero;<sup>13</sup> la seconda e la terza attribuiscono il diritto di recesso ai soci della società per azioni e, rispettivamente, della società a responsabilità limitata, che non abbiano concorso a una tale delibera.<sup>14</sup>

Queste ultime due norme, in particolare, costituiscono un serio ostacolo alla realizzazione di ogni progetto di trasferimento all'estero della società. Per rendersene conto basta porre mente al fatto che il recesso ivi contemplato attiva un complesso *iter* procedimentale – disciplinato, per la società per azioni, dagli artt. 2437-*ter* e 2437-*quater* cod. civ. e, per la società a responsabilità limitata, dall'art. 2473 comma 3 ss. cod. civ. – volto alla determinazione del valore della partecipazione del socio receduto e al suo pagamento a quest'ultimo, che può condurre a un depauperamento delle risorse a disposizione della società o, addirittura, al suo scioglimento.<sup>15</sup>

Occorre domandarsi se la disciplina appena illustrata sia coerente con le esigenze dettate dall'attuale economia di mercato globalizzata; se, più precisamente, essa consenta al management della società di cogliere le opportunità di un più favorevole proseguimento dell'attività di impresa in un diverso ambito territoriale o se, viceversa, lo paralizzi nel timore che l'assunzione di siffatta delibera possa determinare, quale conseguenza non voluta, la crisi della società.

La risposta appare scontata, come pure il rimedio, consistente nel ri-

---

<sup>13</sup> La medesima disciplina vale, per le società in accomandita per azioni, in forza del richiamo generico all'applicabilità delle norme sulla società per azioni disposto dall'art. 2454 cod. civ. e del riferimento implicito all'art. 2369 cod. civ. disposto, in tema di modificazioni dell'atto costitutivo, dall'art. 2460 cod. civ.

<sup>14</sup> Lo stesso diritto spetta ai soci della società cooperativa che deliberi il trasferimento della sede all'estero in forza del combinato disposto degli artt. 2532 comma 1 e 2519 cod. civ. (v. CARMIGNANI, *sub* art. 2532, in SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, p. 114 ss.; CALLEGARI, *sub* art. 2532, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da COTTINO e altri, Bologna, 2004, p. 2525 s., ove ulteriori riferimenti di dottrina e indicazioni della giurisprudenza conforme anteriore alla riforma delle società).

<sup>15</sup> Ciò accade, precisamente, quando tale rimborso non si realizzi mediante l'acquisto della partecipazione da parte di altri soci, non vi siano riserve disponibili a tal fine utilizzabile né risulti praticabile la riduzione reale del capitale sociale (la quale ultima, si noti, potrà essere eseguita, come di regola, solo in mancanza di opposizione da parte dei creditori sociali).



muovere tale ipotesi di recesso legale. O, quanto meno, nel limitarla ai casi di trasferimento di sede, non importa se con o senza cambio della legge applicabile, al di fuori del territorio dell'Unione europea.<sup>16</sup>

Con riferimento al caso di trasferimento intracomunitario, infatti, le norme sopra illustrate non sembrano superare il test di compatibilità con la libertà di stabilimento riconosciuta dai Trattati,<sup>17</sup> in quanto, pur potendo trovare giustificazione in una ragione imperativa di interesse generale – quale può essere considerata, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, la tutela dei soci di minoranza<sup>18</sup> – appaiono sproporzionate all'obiettivo che intendono perseguire e, soprattutto, rendono, in pratica, impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un diritto direttamente conferito dall'ordinamento comunitario.<sup>19</sup>

Le medesime osservazioni non valgono, forse, a pretendere la soppressione della regola contenuta nell'art. 2369 comma 5 cod. civ.; ragioni di opportunità, tuttavia, consigliano di parificare il *quorum* deliberativo assembleare richiesto per il trasferimento transfrontaliero di sede a quello prescritto per le altre modificazioni statutarie, anche in considerazione del fatto che di quest'ultimo si fa espressa applicazione all'art. 2500-*sexies* cod. civ. con riferimento al caso di trasformazione di società di capitali in società di persone.<sup>20</sup>

Si è giunti, così, all'ultima questione che si vuole trattare in queste brevi note e, cioè, l'esame delle norme del codice civile dedicate alla trasformazione societaria, al fine di valutare quali di esse possano e debbano, sin d'ora, essere applicate alla fattispecie del trasferimento di sede con cambio di legge applicabile e quali altre, invece, debbano essere

<sup>16</sup> Naturalmente, la medesima conclusione vale con riferimento agli artt. 2437 comma 1 lett. *b* e 2500-*ter* comma 1 cod. civ. che attribuiscono il diritto di recesso al socio che non ha concorso alla decisione di trasformazione.

<sup>17</sup> Si rammenta che «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo» (così, Corte di giustizia, 30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, p. I-4165 ss., punto 37).

<sup>18</sup> V., ad es., quanto affermato al punto 92 della citata sentenza *Überseering*. V. anche l'art. 4 comma 2 della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, in questa *Rivista*, 2006, p. 573.

<sup>19</sup> La medesima conclusione dovrebbe essere ritenuta anche ove si disponesse l'applicazione delle norme in esame unicamente al caso di trasferimento con trasformazione in un tipo societario non oggetto di armonizzazione, visto che la citata sentenza *Cartesio* riguarda il trasferimento in altro Stato membro dell'Unione europea di una società in accomandita semplice.

<sup>20</sup> La medesima disposizione richiede, inoltre, com'è noto, il «consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata».

emendate al fine di rendere piú efficiente la disciplina della medesima fattispecie.<sup>21</sup>

Non v'è dubbio che tra le prime rientra l'art. 2500 cod. civ. il quale, richiedendo che l'atto di trasformazione di società di persone in società di capitali contenga «le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato», esprime un principio generale applicabile anche nel caso inverso e nel caso di trasformazione tra società di capitali e tra società di persone.

Nel caso di trasferimento di sede dall'estero in Italia, la sussistenza di tali elementi dovrà essere valutata dal notaio italiano al momento del deposito nei suoi atti del verbale recante la delibera di trasformazione.<sup>22</sup> Tale occasione, inoltre, potrà essere utilmente impiegata per colmare le eventuali lacune dell'atto straniero, secondo un meccanismo già da tempo messo in luce dalla dottrina notarile.<sup>23</sup>

Piú complesso il caso inverso, in cui il notaio è chiamato a ricevere la delibera o l'atto di trasferimento all'estero, con trasformazione in un tipo sociale retto dalla legge della nuova sede. Per tal caso, sembra possibile prospettare due diverse prassi operative. Secondo la prima, che potremmo definire rigorosa, i soci sarebbero tenuti a deliberare, contestualmente, il trasferimento di sede e l'adozione di patti sociali conformi alla nuova legge regolatrice, con conseguente obbligo del notaio di estendere il controllo di legalità anche a questa parte dell'atto.<sup>24</sup> Viceversa, l'adozione

<sup>21</sup> Al contrario di certa parte della dottrina (v. MUCCIARELLI, *Società di capitali* cit., p. 182 ss.) non si ritiene che al trasferimento di sede all'estero con mutamento della legge applicabile vadano applicate, per analogia, le norme in materia di fusioni transfrontaliere; in particolare, non si ritiene che sia necessario predisporre – in analogia con quanto voluto dal combinato disposto dell'art. 2501-ter comma 4 cod. civ. e dell'art. 6 del d.lgs. 30 maggio 2008 n. 108 – un progetto di «trasformazione internazionale» da depositare al registro delle imprese trenta giorni prima della data fissata per la delibera di trasferimento/trasformazione.

<sup>22</sup> Detto deposito sarà eseguito in applicazione dell'art. 106 n. 4 della l. 13 febbraio 1913 n. 89 o dell'art. 1 n. 1 del r.d.l. 14 luglio 1937 n. 1666 a seconda che riguardi, o meno, un atto notarile. Si noti che, nel primo caso, il deposito è previsto quale condizione per potere «fare uso» nello Stato dell'atto notarile straniero; nel secondo, invece, esso appare indispensabile per dare all'atto la forma richiesta dalla nostra legge per gli atti societari (secondo RAMONDELLI, *L'attuale d.i.p. italiano in materia di società e sua influenza in sede di omologazione (Spunti in tema di forma degli atti e di nazionalità della società)*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1401 ss., p. 1410 ss., «la forma libera si trasfonde con l'atto di deposito nella forma vincolata prevista dall'ordinamento italiano»; nello stesso senso SCALAMOGNA, *Forma e pubblicità per gli atti formati all'estero relativi a società italiane*, in *Gli atti provenienti dall'estero*, Milano, 2007, p. 86 ss., p. 95).

<sup>23</sup> V. SCALAMOGNA, *op. cit.*, p. 88 s., il quale opportunamente sottolinea, da un lato, che, per procedere in tal senso, il soggetto che provvede al deposito deve essere munito dei relativi poteri rappresentativi e, dall'altro, che egli non possa modificare la volontà assembleare ma solo meglio precisarla.

<sup>24</sup> Si noti che, non di rado, tale controllo potrebbe risultare non agevole, considerato

dei nuovi patti sociali potrebbe essere rimandata al momento in cui gli amministratori decidono di dare esecuzione al trasferimento nello Stato «di arrivo» e, dunque, potrebbe avvenire dinanzi all'autorità locale (notaio, cancelliere del tribunale, conservatore del registro delle imprese) incaricata di controllare la conformità dell'operazione con la propria legge nazionale. Entrambe le prassi appaiono legittime. Quel che preme sottolineare è che, in entrambi i casi, è compito del notaio italiano l'accertamento dell'avveramento della *condicio iuris* a cui l'art. 25 comma 3 della legge n. 218/1995 subordina l'efficacia del trasferimento.<sup>25</sup> Ne discende che la richiesta di cancellazione della società italiana dal registro delle imprese, quale conseguenza del trasferimento all'estero della sede e del mutamento del suo statuto personale, potrà e dovrà essere presentata dal notaio italiano solo ed esclusivamente se e quando detta condizione si sarà verificata<sup>26</sup> e, cioè, nel momento in cui il trasferimento di sede risulterà pienamente efficace nello Stato di arrivo.<sup>27</sup>

Non sembrano esservi dubbi, inoltre, circa l'applicabilità immediata dell'art. 2498 cod. civ. (il cui dettato appare speculare al disposto dell'art. 25 comma 3 della legge n. 218/1995), dell'art. 2500 commi 2 e 3 cod. civ. (che indicano gli adempimenti pubblicitari a cui è subordinata la trasformazione e il suo momento di efficacia), dell'art. 2500-*bis* cod. civ. (che disciplina l'invalidità della trasformazione), degli artt. 2500-*ter* comma 2, 2500-*quater*, e 2500-*quinquies* cod. civ. (che reggono il trasferimento all'estero di una società di persone con assunzione della forma di società di capitali) e dell'art. 2500-*sexies* cod. civ. (che regola il caso inverso).<sup>28</sup>

Occorre interrogarsi, a questo punto, circa l'opportunità che l'invocata riforma della disciplina in materia di trasferimento internazionale con cambiamento della legge applicabile preveda qualche forma di tutela dei creditori sociali.

Si è dell'opinione che, nonostante parte della dottrina rinvenga nel citato art. 2500-*novies* cod. civ. – il quale, com'è noto, subordina l'efficacia della trasformazione eterogenea alla mancata opposizione dei creditori nel termine di sessanta giorni dal compimento degli adempimenti pubblicitari di cui all'art. 2500 comma 2 cod. civ. – l'espressione di un principio

---

che esso consiste nella verifica della conformità dei nuovi patti sociali con la legge straniera applicabile.

<sup>25</sup> Così, BOGGIO, *Trasferimenti fittizi* cit., p. 627, spec. nota 44.

<sup>26</sup> Nello stesso senso, MUCCIARELLI, *Società di capitali* cit., p. 185.

<sup>27</sup> Anche tale controllo potrebbe risultare non agevole. Tuttavia, un chiaro indizio del completamento della fattispecie è costituito dall'avvenuta iscrizione della società nel pubblico registro dello Stato di arrivo.

<sup>28</sup> Salva la deroga al comma 1, primo periodo di tale norma disposta dal citato art. 2369 comma 5 cod. civ.

generale dell'ordinamento,<sup>29</sup> una sua applicazione indiscriminata alla fattispecie che ci occupa appare eccessiva.<sup>30</sup>

Un ruolo per il precetto espresso da tale norma sembra, invece, prospettabile quale possibile soluzione alla questione se debba essere consentito il trasferimento all'estero alle società che si trovino in stato di decozione o nei cui confronti siano state avviate procedure di scioglimento, liquidazione o insolvenza.<sup>31</sup>

In proposito, si potrebbe adottare una posizione di rigorosa tutela dei creditori, ad esempio vietando del tutto tale trasferimento ovvero subordinandolo al consenso (o, quanto meno, all'assenza di opposizione da parte) dei creditori anteriori alla delibera (appunto, sul modello di quanto dispone il citato art. 2500-*novies* cod. civ.).

In alternativa e in una prospettiva più liberale, si potrebbe assumere a criterio discretivo della legittimità dell'operazione la regola di cui all'art. 2499 cod. civ., di tal che l'adozione della delibera di trasferimento sarebbe subordinata alla valutazione di compatibilità della nuova forma giuridica assunta dalla società con la procedura in corso.

Quest'ultima prospettiva si rivela foriera di interessanti prospettive, ove si consideri che il trasferimento all'estero della società in liquidazione potrebbe essere strumentalmente diretto all'apertura di una procedura di insolvenza prevista dall'ordinamento dello Stato di arrivo, ciò che, non solo, risulterebbe di notevole utilità pratica in taluni casi (si pensi, ad esempio, all'opportunità di assoggettare a una medesima procedura di insolvenza la società capogruppo e le controllate aventi sedi in Stati diversi, previo «richiamo» di queste ultime nello Stato della sede della prima), ma anche consentirebbe alla società di «scegliere» la procedura di insolvenza ritenuta più idonea (ai propri interessi o a quelli di altri *stakeholders*) tra quelle contemplate dalle *leges concursus* degli Stati membri.

---

<sup>29</sup> V. SARALE, *Le trasformazioni*, in AIELLO, CAVALIERE, CAVANNA, CERRATO, SARALE, *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Tratt. Dir. Comm.* diretto da COTTINO, V, 2, Padova, 2011, p. 237 ss., p. 308.

<sup>30</sup> E, *de lege lata*, non prospettabile, dato il chiaro tenore letterale della norma che, come detto nel testo, ne limita l'applicazione alle trasformazioni eterogenee. Diversamente, la non condivisibile dottrina che, facendo applicazione analogica al trasferimento/trasformazione internazionale della disciplina della fusione transfrontaliera, ritiene applicabile immediatamente alla fattispecie l'art. 2503 cod. civ.: v. MUCCIARELLI, *Società di capitali* cit., p. 193 ss.

<sup>31</sup> La questione è stata posta numerose volte all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, chiamata a valutare la «genuinità» del trasferimento di sede all'estero di una società e della conseguente cancellazione dal registro delle imprese sotto il profilo dell'esercizio della giurisdizione prefallimentare *ex art.* 10 l. fall.: v., da ultimo, Cass., s.u., 18 aprile 2013 n. 9414, in questa *Rivista*, 2014, p. 139 ss.; 11 marzo 2013 n. 5945, *ibidem*, 2013, p. 983 ss.

*ABSTRACT: After having distinguished the case where the applicable law changes as a result of the transfer abroad of the company seat from that in which such change does not take place (either as a result of the shareholders' will or as a consequence of the conflict of law rules of the State of origin and/or the State of destination), this article analyzes this issue from the standpoint of EU Private International Law – considering, in particular, the case law of the Court of Justice – and it puts forth a series of suggestions to reform the Italian conflict of law and substantive law rules to make the cross-border mobility of Italian companies more efficient.*