

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 283-2015/I

IL TRASFERIMENTO DELLE SEDE SOCIALE ALL'ESTERO E LA TRASFORMAZIONE INTERNAZIONALE

di Daniela Boggiali e Antonio Ruotolo

(Approvato dall'Area Scientifica – Studi d'Impresa il 26/11/2015)

(Approvato dal CNN nella seduta del 12-13/01/2016)

Lo studio affronta i profili giuridici del trasferimento della sede sociale all'estero, che si sostanzia in un fenomeno che non attiene solo alla modifica della sede statutaria, ma coinvolge anche l'assetto delle regole organizzative della società, considerato che, di regola, al momento della costituzione della società la localizzazione della sede statutaria ha la funzione di individuare l'ordinamento di riferimento e, conseguentemente, la legge regolatrice della società.

Vengono, quindi, esaminate innanzitutto le norme di diritto internazionale privato che regolano il conflitto tra i diversi ordinamenti coinvolti e, successivamente, quelle di diritto sostanziale che presiedono all'operazione in esame.

Si approfondisce, a tal fine, l'interpretazione data all'art. 25 l. 218/1995, che utilizza, quale criterio di collegamento, quello del luogo di costituzione dell'ente, con il correttivo contenuto nel comma 3 della norma che prevede l'applicazione della legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale della società.

Viene poi prestata una particolare attenzione all'ipotesi in cui il trasferimento della sede sociale avvenga all'interno dell'Unione Europea, per la quale vige il principio della libertà di stabilimento contenuto negli artt. 49 e 54 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che ha formato oggetto di un'evoluzione nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Una volta individuati i meccanismi normativi che governano l'operazione, si passa infine all'esame dei profili operativi del trasferimento della sede sociale da e per l'Italia concernenti le regole formali e sostanziali che debbono presiedere la redazione dell'atto di trasferimento, il contenuto del controllo di legalità da parte del notaio e gli adempimenti pubblicitari.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il criterio di collegamento dell'art. 25 d.i.p. - 3. I trasferimenti all'interno dell'Unione Europea - 4. Profili applicativi del trasferimento della sede verso l'Italia - 5. Profili applicativi del trasferimento della sede dall'Italia

1. Introduzione

Il trasferimento della sede sociale all'estero involge una pluralità di profili che rendono l'esame di tale tematica estremamente complesso.

Innanzitutto, le società sono soggetti creati dagli ordinamenti giuridici e, quindi, esistono e operano nella misura in cui ciò sia previsto e regolato da ciascun legislatore nazionale¹.

Ne consegue che il trasferimento della sede all'estero, a ben vedere, si sostanzia in un fenomeno che non attiene solo alla modifica della sede statutaria, ma coinvolge anche l'assetto delle regole organizzative della società, considerato che, di regola, al momento della costituzione della società la localizzazione della sede statutaria ha la funzione di individuare l'ordinamento di riferimento e, conseguentemente, la legge regolatrice della società.

Laddove, quindi, una società intenda trasferire la propria sede in uno Stato diverso da quello in cui essa è stata costituita, non pare possibile prescindere dalla verifica tanto della legislazione del Paese d'origine sul punto, quanto di quella del Paese di destinazione.

Tale verifica, peraltro, dovrà avere ad oggetto in prima battuta le norme di diritto internazionale privato che regolano il conflitto tra i diversi ordinamenti coinvolti e, in seconda battuta, quelle di diritto sostanziale che presiedono al funzionamento degli enti societari.

Esiste, poi, un ulteriore elemento di criticità rappresentato dalla pressoché totale mancanza, nell'ambito delle diverse legislazioni nazionali, di regole che siano dedicate, in maniera specifica, alle operazioni di trasferimento della sede sociale all'estero. Circostanza, quest'ultima, che probabilmente deriva dal fatto che si tratta di un'operazione che coinvolge almeno due diversi ordinamenti (quello dello Stato di partenza e quello dello Stato di arrivo) e che, quindi, un'organica disciplina della fattispecie in esame potrebbe aversi soltanto attraverso un intervento normativo di tipo sovranazionale².

¹ In ambito comunitario, tale principio è espressamente affermato nella sentenza *Daily Mail* della Corte di Giustizia del 27 settembre 1988, nella causa C-81/87, *Daily Mail*, in cui si rileva che «diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento».

² RESCIO, *I trasferimenti di società*, in *Studi e materiali*, 2011, 153, osserva che «può crearsi una situazione di estrema complessità, perché, per un verso, sorge il problema della individuazione delle norme che la legge del luogo della nuova sede impone di applicare e, per altro verso, una volta individuate tali norme, rimane il problema di come realizzarne il coordinamento e risolvere eventuali conflitti con quelle dell'ordinamento dello Stato di costituzione

Laddove, poi, il trasferimento della sede sociale avvenga all'interno dell'Unione Europea, si pone l'ulteriore problema di valutare la conformità della legislazione di ciascuno degli Stati membri alle disposizioni in tema di libertà di stabilimento contenute negli artt. 49 e 54 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Poiché oggetto del presente studio è il trasferimento della sede sociale da e per l'Italia, è necessario esaminare, in primo luogo, la portata applicativa della regola di conflitto contenuta nell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di *Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato* per poi valutare, in secondo luogo, la compatibilità di tale disposizione con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in tema di libertà di stabilimento.

Una volta individuati i meccanismi normativi che dovrebbero presiedere all'operazione di trasferimento della sede, si passerà all'esame dei profili operativi del trasferimento della sede sociale da e per l'Italia.

2. Il criterio di collegamento dell'art. 25 d.i.p.

L'art. 25, comma 1, l. 218/1995 dispone che "le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione".

In tale norma il legislatore, per determinare a quale legge sia assoggettato l'ente, ha voluto far riferimento al criterio del luogo di costituzione della società, aderendo quindi alla cd. teoria dell'incorporazione, della costituzione, della sede statutaria, o dell'organizzazione o "Grundungstheorie", in contrapposizione al criterio della sede, adottato in altri Paesi, corrispondente alla c.d. teoria della sede o dell'amministrazione o "Sitztheorie".

Criterio che trova tuttavia un temperamento nella seconda parte del comma 1 dello stesso art. 25 l. 218/1995, laddove si prevede l'applicazione della legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti³.

Il comma 3 dello stesso art. 25 l. 218/1995 dispone, poi, che i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.

Rispetto a tale ultima disposizione si è osservato come essa abbia la natura non tanto di "norma di conflitto", quanto piuttosto di "norma materiale", in quanto «configura soltanto un elemento del più ampio coordinamento che il nostro sistema

(o, comunque, di provenienza) che continuano ad applicarsi. Sul piano operativo l'incertezza degli esiti talvolta scoraggia dal realizzare l'operazione».

³ ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, 5, Milano, 1998, 312 ss.; PICCOLI - ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. Not.*, 1996, 165 ss.; PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in *Vita not.*, 2002, 586 ss.; da ultimo DAMASCELLI, *Profili internazionalprivatistici delle società*, in *Il notaio tra regola nazionali ed europee*, Atti del XL Congresso Nazionale del Notariato, Milano, 2003, 33 ss.

giuridico realizza con i sistemi giuridici stranieri in relazione alla fattispecie qui in esame (si tratti del trasferimento all'estero della sede di una società di diritto italiano o comunque con sede sociale in Italia, del trasferimento in Italia della sede di una società di diritto straniero o comunque con sede sociale all'estero, del trasferimento in uno Stato straniero della sede di una società costituita in base alla legge di un altro Stato straniero o che in tale altro Stato ha la sua sede sociale)»⁴.

Nella sostanza, la norma in esame codifica l'obbligo di effettuare un duplice riscontro tanto della legge dello Stato di provenienza, quanto di quella dello Stato di destinazione e, quindi, è necessario che l'operazione di trasferimento della sede sociale all'estero sia considerata valida da entrambi i predetti ordinamenti.

Sulla portata applicativa dell'art. 25 l. 218/1995 nel caso di trasferimento della sede sociale all'estero sono state formulate diverse interpretazioni.

In base ad un primo orientamento, poiché la società è regolata dalla legge del luogo di costituzione ai sensi del comma 1 della predetta norma, ove una società italiana deliberasse il suo trasferimento all'estero, essa continuerebbe ad essere regolata dalla legge italiana e, quindi, ancorché l'ente risulti privo di una sede di riferimento all'interno del territorio italiano, esso continuerebbe ad esistere altrove, senza che il trasferimento determini né un fenomeno di estinzione, né un mutamento della legge regolatrice della società⁵.

Il perdurare della soggezione all'ordinamento italiano implicherebbe, peraltro, la necessità per la società di rimanere iscritta presso il registro delle imprese del luogo in cui la società aveva la propria sede prima di trasferirsi all'estero⁶.

In altre occasioni, la giurisprudenza ha, invece, ritenuto che il trasferimento della sede sociale all'estero implichi necessariamente, per il nostro ordinamento, il preventivo scioglimento dell'ente, con conseguente liquidazione dei rapporti giuridici pendenti, seguito dalla successiva costituzione all'estero di una nuova società, regolata

⁴ BENEDETTI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. Soc.*, 2010, 1267; ID., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. Soc.*, 41 ss.; SEATZU, *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato italiano*, in *Giur. Comm.*, 1997, 840, rileva che «il 3° comma dell'art. 25 si occupa dei requisiti per il riconoscimento in Italia dei trasferimenti di sede in altro Stato e delle fusioni di enti con sedi in Stati diversi anziché dell'individuazione della legge applicabile a tali fenomeni».

⁵ In giurisprudenza, App. Torino 1 dicembre 1995, in *Giur. Comm.*, 1996, 415 e in *Nuova giur. Comm.*, 1996, 855, con nota di SANTUS; Trib. Verona 5 dicembre 1996, in *Soc.*, 1997, 574; Trib. Udine 8 dicembre 1997, in BELLAGAMBA – CARITI, *il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rass. Giur.*, Milano, 2000, 145 Trib. Lecco 6 febbraio 2003, *Massimario delle sentenze dei giudici del registro della Lombardia*. Secondo Trib. Alessandria 19 agosto 1995, in *Giur. Comm.*, 1996, 415, «è illegittimo che a seguito del trasferimento all'estero della sede sociale la società italiana si trasformi in un tipo non contemplato dall'ordinamento nazionale». In dottrina: GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 500; DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, 131; ID., *Profili internazionalprivatistici delle società*, cit., 59. Secondo D'OVIDIO, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, 1993, 171 «una società costituita in Italia è società italiana e tale rimane fino a che non si scioglie».

⁶ Soluzione accolta da Trib. Verona 5 dicembre 1996, cit., secondo cui «il trasferimento della sede sociale all'estero (nel caso di specie, in Inghilterra) pure legittimo, non può determinare la perdita della nazionalità italiana e quindi venire meno degli obblighi e dei controlli previsti dall'ordinamento italiano sulla vita delle società di capitali. La società deve pertanto rimanere iscritta nel competente registro delle imprese italiano e rimanere assoggettata, anche per il futuro, alla iscrizione, al deposito e alla pubblicità degli atti previsti dalla legge italiana» e Trib. Lecco 6 febbraio 2003, cit.

dall'ordinamento giuridico del Paese di destinazione⁷. Tale soluzione si imporrebbe in conseguenza della necessità di tutelare i creditori sociali, i quali sarebbero pregiudicati dal cambiamento di nazionalità della società, che di per sé renderebbe più difficile la tutela dei loro interessi, sia sul piano pratico che su quello giuridico, in quanto i creditori si ritroverebbero a dover interagire con un soggetto avente sede all'estero e regolato da un ordinamento straniero.

Tuttavia, l'orientamento che sembra attualmente prevalere in giurisprudenza è quello secondo cui il trasferimento della sede sociale all'estero implica l'assoggettamento della società all'ordinamento giuridico straniero, senza però che il mutamento della *lex societatis* possa determinare l'estinzione dell'ente italiano e la costituzione di un nuovo soggetto giuridico di diritto straniero⁸.

⁷ Cass. 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 549, con nota di PATRIARCA, *Effetti del trasferimento della sede sociale all'estero sullo statuto personale della società e fallimento*, in cui si rileva che «spetta al giudice italiano la giurisdizione con riguardo all'istanza di fallimento presentata nei confronti di società di capitali, già costituita in Italia, che, dopo il manifestarsi della crisi dell'impresa, abbia trasferito all'estero (nella specie: in Lussemburgo) la sede statutaria e quella amministrativa, quando a detto trasferimento consegua, con la cancellazione della società dal registro delle imprese in Italia, la perdita della nazionalità italiana e l'assunzione della nazionalità (alla stregua del principio della sede) del Paese in cui è avvenuto il trasferimento. Difatti, l'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 individua in generale il criterio di collegamento nella legge del luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione della società, e questa legge richiama anche per disciplinare le vicende della società, mentre - ai sensi del terzo comma di detto art. 25 - il trasferimento della sede all'estero in tanto ha efficacia, come continuità del soggetto giuridico, in quanto, essendo stato il trasferimento medesimo posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati, questi concordino sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria, il che non si verifica quando (come nella specie) la società, come ente societario italiano, venga meno, e la società "ex novo" costituita all'estero sia assoggettata esclusivamente alla nuova "lex societatis"». Nella nota di commento alla sentenza si rileva, tuttavia, come la motivazione della sentenza sia ambigua nella parte in cui non si individua la causa effettiva dello scioglimento che abbia soltanto trasferito la sede all'estero (PATRIARCA, *Effetti del trasferimento della sede sociale all'estero sullo statuto personale della società e fallimento*, cit., 572). Nello stesso senso, App. Trieste 9 ottobre 1999, in *Riv. Not.*, 2000, 167, secondo cui il trasferimento della sede all'estero, comportante la perdita della nazionalità italiana, si configura come un'estinzione della società «perché - dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, da cui la società stessa ha ricevuto legittimazione costitutiva e che è deputato a disciplinarne il funzionamento - tale denazionalizzazione avrebbe implicazioni ancor più drastiche e trancianti rispetto alle ordinarie ipotesi di scioglimento e di liquidazione considerate negli artt. 2448 e segg. c.c., sol che si consideri (ad esempio) come la conseguente cancellazione della società - siccome non preceduta dalla procedura di liquidazione - renderebbe inoperante, tra l'altro, la garanzia a favore dei creditori prevista dall'art. 2456, comma 2, c.c.».

⁸ Cass. 28 settembre 2005, n. 18944, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9, la quale rileva quanto segue: «secondo quanto si desume dagli artt. 2437 cod. civ. e 25, comma terzo, della legge 31 maggio 1995, n. 218, il trasferimento della sede sociale all'estero non fa venir meno la "continuità" giuridica della società trasferita, specie quando la legge applicabile nella nuova sede concordi con il determinarsi di tale effetto: né, tanto meno, un mutamento di identità potrebbe essere ricollegato al contemporaneo cambiamento della denominazione sociale o alla eventuale invalidità degli atti cui tali vicende sono collegate»; Trib. Torino 10 gennaio 2007, in *Giur. It.*, 2007, 1967. A tale orientamento mostra di aderire la giurisprudenza che si occupa, nello specifico, della possibilità di procedere alla cancellazione dal registro delle imprese delle società che abbiano trasferito la sede all'estero soltanto dopo che le stesse si siano iscritte nel registro delle imprese del Paese di destinazione. Sul punto, v. Cass. 19 marzo 2014, n. 6388, in *CNN Notizie* del 20 marzo 2014, con nota di BOGGIALI - RUOTOLO, *La cancellazione a seguito di trasferimento all'estero non comporta estinzione della società*; Cass. 24 gennaio 2014, n. 1508; Cass. S.U. 3 ottobre 2011, n. 20144; Trib. Roma - Ufficio del Giudice del registro delle imprese - 15 febbraio 2015, in *CNN Notizie* del 10 giugno 2015, con nota di BOGGIALI - RUOTOLO, *Cancellazione della cancellazione della società per trasferimento della sede all'estero non accompagnata da iscrizione nello Stato di arrivo*; Trib. Milano - Giudice del Registro delle imprese - decr. 7 gennaio 2013, in *Giur. it.*, 204, 6161, con nota di BOGGIO, *Trasferimenti fittizi, incompleti o "ultrannuali" della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*.

Il cambiamento della legge applicabile alla società italiana che trasferisce la sede all'estero è stato variamente argomentato.

In un caso si è ritenuto che il criterio di collegamento contenuto nel comma 1 dell'art. 25 l. 218/1995, debba essere interpretato nel senso che, per effetto del trasferimento della sede sociale, la nuova sede statutaria dovrebbe essere intesa come nuovo luogo di costituzione della società, determinando, quindi, un mutamento della legge applicabile all'ente⁹.

Altrove, invece, si è ritenuto che il mutamento della legge applicabile all'ente dipenda dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 25 l. 218/1995, laddove il criterio della legge del luogo di costituzione dell'ente avrebbe la natura di criterio generale di collegamento, il quale è tuttavia suscettibile di essere derogato in forza del meccanismo previsto nel comma 3, che disciplina l'ipotesi specifica di trasferimento della sede sociale all'estero.

Poiché, infatti, il comma 3 dell'art. 25, l. 218/1995 richiede che il trasferimento debba essere posto in essere in conformità a quanto previsto dagli ordinamenti del Paese d'arrivo e di quello di destinazione, se il Paese d'arrivo impone l'assoggettamento della società alla propria legge nazionale, la regola dell'applicazione della legge del luogo di costituzione, che rappresenta un criterio generale contenuto nel comma 1 dell'art. 25 l. 218/1995, viene di fatto disattesa per effetto della disposizione di diritto sostanziale contenuta nel comma 3 dello stesso articolo, qualora il Paese di destinazione imponga l'applicazione di una legge diversa da quella del luogo di costituzione della società o, addirittura, non consenta l'ingresso nel proprio territorio di società straniera¹⁰.

Tale ultima ricostruzione, alla quale sembra aderire anche la dottrina prevalente¹¹, pare essere la più aderente al dettato normativo contenuto nell'art. 25 l. 218/1995: poiché, infatti, il trasferimento della sede all'estero è efficace soltanto se posto in essere nel rispetto delle leggi degli Stati interessati, l'esito dell'operazione cambia a seconda tanto delle norme di conflitto, quanto delle norme di diritto sostanziale, in vigore sia nel luogo di provenienza che di arrivo.

⁹ Trib. Monza 5 aprile 2002, in *Soc.*, 2002, 1265 e in *Giur. Comm.*, 558, sostiene che per effetto del trasferimento della sede principale, per luogo di costituzione della società deve intendersi il «luogo ove la sede sociale sia successivamente ed efficacemente trasferita».

¹⁰ Si richiama alla regola della conformità agli ordinamenti di entrambi gli Stati interessati dal trasferimento Trib. Milano 7 gennaio 2013, in *Riv. Dir. Soc.*, 2014, 55, con nota di GAROFALO, *Trasferimento della sede all'estero, mutamento della lex societatis e continuità dei rapporti giuridici*.

¹¹ RESCIO, *I trasferimenti di società*, cit., 152; BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., 1259; ID., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. Soc.*, 1997, 62; ID., *Art. 25, in L. 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, 1108; MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, 174; RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 777; WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 733; CALÒ, *Trasferimento all'estero della sede sociale*, in *Studi e materiali*, 2002, 72; PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero*, in *Vita not.*, 2001, 586; DAL SOGLIO, *Il trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2003, 560. Nello stesso senso si sono espressi la prassi notarile nell'Orientamento del Comitato Triveneto dei Notai E.B.3, *Attuazione della pubblicità del trasferimento della sede all'estero - 1° pubbl. 9/12* e l'Osservatorio sulla riforma del diritto societario di Milano, nella massima n. 9 del 16 ottobre 2007.

In sostanza, la disciplina contenuta nell'art. 25 l. 218/1995 deve essere di volta in volta integrata con quella del Paese straniero di partenza o di destinazione.

Ciò significa che nel caso di trasferimento dall'Italia all'estero, la società dovrebbe continuare ad essere regolata dalla legge italiana ai sensi del comma 1 dell'art. 25 l. 218/1995¹², ma, poiché il comma 3 della stessa norma richiede che il trasferimento debba avvenire nel rispetto della disciplina dettata dal Paese di destinazione, quest'ultima potrebbe adottare regole che implicino la disapplicazione del criterio generale, contenuto nel comma 1 dell'art. 25.

A tal proposito, potrebbe verificarsi una delle seguenti situazioni:

1) il Paese di destinazione non consente l'ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici e, quindi, il trasferimento della sede dall'Italia all'estero produce l'estinzione della società e impone una costituzione *ex novo* dell'ente nel Paese di destinazione;

2) il Paese di destinazione consente l'ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici, ma impone alle società straniere di adeguarsi alla propria legge nazionale. In questo caso, il trasferimento della sede dall'Italia all'estero, pur non implicando l'estinzione dell'ente, è consentito a condizione che la società italiana adotti un tipo sociale conforme a quelli disciplinati nel Paese di destinazione (ipotesi che, come si vedrà in seguito, implica la c.d. trasformazione "internazionale" o "transfrontaliera");

3) il Paese di destinazione consente l'ingresso di società straniere in regime di continuità dei rapporti giuridici e consente, altresì, che le stesse continuino ad essere disciplinate dalla legge dello Stato di costituzione¹³.

Tra le tre soluzioni, la prima è quella più restrittiva, in quanto impedisce ad una società di cambiare l'ordinamento di appartenenza in un regime di continuità dei rapporti giuridici, operazione che è, invece, ammessa nei Paesi che adottano la seconda e la terza soluzione.

All'opposto, la terza soluzione pare essere quella più liberale, in quanto non soltanto ammette il trasferimento da un ordinamento all'altro in regime di continuità, ma al tempo stesso consente ad una società di continuare ad essere regolata dalla legge del proprio Stato d'origine, ancorché sia venuto meno il legame derivante dall'aver in tale Stato la propria sede principale. Affinché operi tale soluzione, è necessario che la legge dell'ordinamento di destinazione adotti, quale criterio di

¹² BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 1994, 107, da un punto di vista sostanziale osserva, tuttavia, come l'eventuale perdurare della soggezione alla legge italiana di una società trasferita all'estero avrebbe natura soltanto astratta, considerato che una sede al di fuori dello Stato italiano consentirebbe di sottrarsi all'osservanza di norme quali quelle in tema di oneri pubblicitari e obblighi di deposito dei documenti contabili della società.

¹³ DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., 121, osserva come «condizionare solo l'«efficacia», nel senso sopra precisato, dei trasferimenti di sede statutaria e delle fusioni «internazionali» al modo di disporre delle leggi indicate dall'art. 25 n. 3, lascia intendere chiaramente che la «validità» delle fattispecie in esame sia rimessa, per la società che si trasferisce all'estero, alla relativa *lex societatis*, e, per ciascuno degli enti coinvolti nella fusione, alla rispettiva legge regolatrice».

collegamento, quello del luogo di costituzione dell'ente, aderendo quindi alla cd. teoria dell'incorporazione o "Grundungstheorie".

La seconda soluzione sembra, invece, collocarsi su un piano intermedio, in quanto la società non si estingue, ma si "trasforma" in un ente regolato da un diverso ordinamento.

Nei casi in cui opera tale sistema, il trasferimento della sede all'estero, a ben vedere, si sostanzia in un fenomeno che non attiene solo alla sede amministrativa o statutaria, ma coinvolge anche le regole organizzative della società: non si tratta solo di trasferire la sede all'estero, ma di conformare lo statuto alla legge straniera, salvaguardando, tuttavia, la continuità nei rapporti giuridici che sarebbe invece pregiudicata nei Paesi la cui legislazione nazionale impone di sciogliere la società e provvedere ad una costituzione *ex novo* all'estero.

Per tale ragione, il trasferimento della sede all'estero che risulta accompagnato dall'assoggettamento all'ordinamento del Paese di destinazione viene spesso definito anche "trasformazione internazionale" o "trasformazione transfrontaliera", in quanto si tratta di un'operazione che implica di regola l'adozione di un modello sociale che, pur rimanendo eventualmente uguale nel tipo, è tuttavia regolato da un ordinamento giuridico diverso (si pensi, ad esempio al caso di *limited liability company* che si trasferisce dall'Inghilterra all'Italia adottando le regole della società a responsabilità limitata).

Forte è, peraltro, l'analogia della "trasformazione internazionale" con la fusione transfrontaliera: basti pensare alla prassi delle società statunitensi che, per mutare lo statuto personale, costituiscono una società "vuota" in altro Stato e poi procedono alla fusione con essa, con la conseguenza che la società statunitense, incorporata nella controllata straniera, sparisce come soggetto autonomo dall'ordinamento d'origine mentre la partecipazione dei soci dell'incorporata si tramuta nella partecipazione al capitale dell'incorporante, in capo alla quale transitano anche i rapporti giuridici dell'incorporata¹⁴.

A ben vedere, senza ricorrere al complesso schema della fusione con creazione di società estera destinata ad incorporare quella che si intende trasferire, allo stesso risultato si può addivenire con la "trasformazione internazionale" (intesa come trasferimento della sede e adozione delle regole organizzative proprie dell'ordinamento di destinazione, conservando altresì la propria identità soggettiva).

Per ciò che concerne i trasferimenti da e per l'Italia, in considerazione del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 25 l. 218/1995, laddove una società italiana intenda trasferire la propria sede all'estero, l'esito dell'operazione (in termini di estinzione e costituzione di una nuova società, o di trasformazione internazionale o, ancora, di semplice cambiamento della sede senza mutamento della legge applicabile all'ente) dipenderà da quanto previsto dalla legge in vigore nel Paese d'arrivo.

Il medesimo meccanismo di "doppia applicazione" della legge del Paese di origine e di quello di destinazione opera anche per l'ipotesi inversa di trasferimento

¹⁴ MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 100.

della sede dall'estero all'Italia e, quindi, sempre per effetto del disposto del comma 3 dell'art. 25 l. 218/1995, anche in questo caso è necessario che il trasferimento sia efficace in conformità tanto della legge straniera, quanto di quella italiana.

Pertanto, anche in questo caso è possibile che il Paese di origine vieti il trasferimento in regime di continuità o che, viceversa, lo consenta. Quello che cambia è, invece, la regola generale della *lex societatis*, in quanto in tale ipotesi viene in rilievo il criterio correttivo contenuto nella seconda parte del comma 1 dell'art. 25 l. 218/1995, ove si prevede che, se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale della società, si applica in ogni caso la legge italiana¹⁵.

Si tratta di una disposizione che, fermo restando quanto si vedrà in seguito per i trasferimenti all'interno dell'Unione Europea, impedisce alle società straniere di trasferire la loro sede principale in Italia conservando un modello societario regolato dalla legge straniera.

Pertanto, nonostante l'art. 25 l. 218/1995 stabilisca, quale regola primaria, il criterio del luogo di costituzione dell'ente, il correttivo contenuto nella seconda parte del comma 1 dello stesso art. 25 l. 218/1995 - laddove si prevede l'applicazione della legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia - colloca il nostro ordinamento tra i Paesi che adottano la soluzione che consente il trasferimento della sede legale all'estero in regime di continuità dei rapporti giuridici, facendo, tuttavia, cessare l'applicazione della legge del Paese d'origine e determinando l'applicazione di quella italiana in caso di trasferimento verso l'Italia.

In entrambi i casi, tanto in quello del trasferimento dall'Italia, quanto in quello verso l'Italia, la concreta realizzabilità dell'operazione è, in ogni caso, rimessa sempre ad un duplice riscontro: per i trasferimenti dall'Italia, occorre verificare se e a quali condizioni l'ordinamento del Paese di arrivo consente l'ingresso nel proprio ordinamento di soggetti giuridici stranieri preesistenti, previo adeguamento o meno alla propria legge nazionale o se, piuttosto, imponga l'estinzione della società; analogamente, per i trasferimenti verso l'Italia, occorre verificare se la legge inizialmente regolatrice della società e, quindi, quella dello Stato di partenza, consente all'ente di uscire dall'ordinamento senza imporre preventivamente la liquidazione dei rapporti giuridici pendenti e dovendosi, poi, adeguare lo statuto della società alla disciplina italiana.

3. I trasferimenti all'interno dell'Unione Europea

Il meccanismo delineato dall'art. 25 l. 218/1995, che impone il doppio riscontro dell'ordinamento di provenienza e di quello di arrivo, è suscettibile di essere derogato in caso di trasferimenti della sede sociale all'interno dell'Unione Europea, per effetto dell'evoluzione che, negli ultimi decenni, ha avuto la giurisprudenza della Corte di

¹⁵ Secondo Trib. Pordenone 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, 67, «la delibera di una società anonima, con sede legale in Lussemburgo e sede amministrativa in Italia, di trasferire la propria sede legale in Italia, può essere omologata quando lo statuto sia conforme alla normativa italiana». Nello stesso senso, Trib. Roma 10 luglio 1987, in *Foro it.*, 1987, 2592.

Giustizia in materia di applicazione del principio della libertà di stabilimento.

Tale principio è riconducibile agli artt. 49 e 54 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), i quali stabiliscono quanto segue:

- “le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali” (art. 49 TFUE, ex articolo 43 del Trattato CE);

- “le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro” (art. 54 TFUE, ex articolo 48 del Trattato CE).

L'interpretazione di tali disposizioni ha subito un'evoluzione che di fatto va ad incidere sulla legislazione degli Stati membri in materia di trasferimento della sede sociale da e per l'estero e le cui tappe principali sono contenute nelle note sentenze della Corte di Giustizia *Daily Mail and General Trust* del 27 settembre 1988, causa 81/87; *Centros* del 9 marzo 1999, causa C-212/97; *Überseering* del 5 novembre 2002, causa C-208/00; *Inspire Art* del 30 settembre 2003, causa C-167/01; *Cartesio* del 16 dicembre 2008 causa C-210/06 e da ultimo *Vale* del 12 luglio 2012, causa C-378/10.

Nella prima delle citate sentenze, *Daily Mail*, la Corte di Giustizia rileva che “secondo il Trattato, la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro, costituiscono un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi”¹⁶.

Si tratta, quindi, di una prima presa di posizione in cui, pur dandosi atto della sovranità degli Stati membri in materia di trasferimento della sede sociale all'estero, nonché della mancanza di una disciplina sovranazionale comune, si inizia a porre un dubbio sulla legittimità delle legislazioni nazionali che impediscono a società straniere

¹⁶ BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 672-675; FERRARI, *E.U. Corporate tax law ed i progetti di direttiva sul trasferimento di sede di società da un Paese membro ad un altro*, in *Dir. Comm. int.*, 1999, 410 e ss.; MUCCIARELLI, *Company emigration and EC freedom of establishment*, *Daily Mail revisited*, in *European business organization law review*, 2008, 267; RAMMELOO, *Cross-border company mobility and the Proposal for a 14th EC Company Law Directive: 'Daily Mail' surmounted*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 1999, 105.

di trasferire la sede nel loro territorio in regime di continuità dei rapporti giuridici.

La sentenza successiva, *Centros*, mostra un'apertura verso la possibilità per le società comunitarie di istituire succursali o sedi secondarie in uno degli Stati membri (conservando, però, la sede principale nel Paese d'origine) in quanto la Corte di Giustizia afferma che le società costituite in uno Stato membro possono aprire sedi secondarie in un altro Stato membro in conformità alla legge del loro Paese d'origine, anche qualora l'apertura della succursale risulti finalizzata a svolgere l'intera attività sociale nello Stato di destinazione, con lo scopo di evitare, in questo modo, l'applicazione della disciplina di quest'ultimo, il quale rimane, tuttavia, libero di adottare eventuali misure che siano idonee a prevenire o sanzionare frodi¹⁷.

Con la sentenza *Überseering* la Corte si occupa del caso di una società olandese (la *Überseering*) le cui azioni erano state integralmente acquistate da cittadini tedeschi e che, secondo il giudice tedesco, attraverso tale operazione aveva di fatto trasferito la propria sede effettiva in Germania, in assenza di un'apposita delibera che indicasse la volontà della compagine sociale di modificare la sede statutaria e assoggettarsi all'ordinamento tedesco. L'autorità giudiziaria, applicando il criterio della "sede reale", aveva ritenuto che la società in questione fosse una società di diritto tedesco irregolare e che non potesse, quindi, essere riconosciuta dall'ordinamento, in quanto non si era costituita secondo la legge tedesca.

La Corte di Giustizia affronta, quindi, il tema del diniego di capacità giuridica, da parte del Paese d'arrivo, nei confronti di una società di altro Paese comunitario che aveva trasferito la sede amministrativa sul territorio del primo, ritenendo che ciò costituisca una violazione della libertà di stabilimento. Per la prima volta si afferma espressamente che uno Stato membro deve riconoscere le società costituite in altro Stato membro, anche qualora le quote siano state trasferite a propri cittadini, perché altrimenti esso imporrebbe alle società di altri Paesi comunitari di sciogliersi e ricostituirsi per potere operare sul proprio territorio¹⁸.

¹⁷ Nella pronuncia si osserva quanto segue: «Gli artt. 52 e 58 (*leggi oggi: 43 e 58*) del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo. Infatti, essendo il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Tuttavia, questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato».

¹⁸ Per un commento, LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il 'caso Überseering': tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, 456 e ss., EBKE, *The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering*, *Inspire Artand Beyond*, in *European business law review*, 2005,

Si tratta, tuttavia, di un provvedimento che, pur affermando l'importante principio del riconoscimento delle società costituite all'estero, ancora non prende espressamente in considerazione il caso del trasferimento della sede statutaria.

Ed è stato, peraltro, rilevato come il principio del "vincolo necessario" tra ordinamento di costituzione ed ente giuridico venga applicato nella sentenza *Überseering* in maniera alquanto incoerente: ammesso, infatti, che le persone giuridiche esistano solo in forza di un ordinamento, dal punto di vista del diritto comunitario «non si comprende perché quest'ordinamento debba essere necessariamente quello di originaria costituzione (ossia, in generale, l'ordinamento dello Stato di partenza) e non possa essere anche un ordinamento di successiva reincorporazione (vale a dire l'ordinamento dello Stato di arrivo). In altri termini se l'esistenza di una società è necessariamente consustanziale ad un ordinamento giuridico, ogni Stato, sia quelli di origine che quelli di successivo stabilimento, dovrebbe avere la facoltà di applicare una propria *lex societatis*. Dunque, rimane abbastanza oscuro su che base la Corte in *Überseering* distingua tra ostacoli allo stabilimento posti dal Paese di costituzione che sarebbero leciti ai sensi dell'art. 48 ed ostacoli posti dal Paese di successivo stabilimento che invece sarebbero illeciti. Ci pare invece che la soluzione che si ammette per l'uno caso deve valere anche per l'altro»¹⁹.

La sentenza *Inspire Art* richiama il principio, già affermato nella *Centros*, secondo cui gli artt. 43 e 48 CE (adesso 49 e 54 TFUE) ostano ad una normativa nazionale che subordini l'esercizio della libertà di stabilimento, a titolo secondario, di una società costituita secondo la legislazione di un altro Stato membro a determinate condizioni (relative, ad esempio, alla responsabilità degli amministratori, o all'adozione di un capitale minimo).

Si ribadisce, quindi, che la circostanza per cui la società eserciti la propria attività prevalentemente, o esclusivamente, nello Stato membro di arrivo, non può privare la stessa del diritto di avvalersi della libertà di stabilimento garantita dal Trattato, salvo che sia dimostrata ("caso per caso", si specifica), l'esistenza di un abuso²⁰.

Nella sentenza *Cartesio* la Corte di Giustizia affronta finalmente in maniera

9 ss.; ROTH, *From Centros to Überseering: free Movement of Companies, private international law, and Community Law*, 2003, 177 ss.; WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's seat in European Law*, in 40 *CML Rev.*, 2003, 661 ss.

¹⁹ MANZINI-MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. Comm.*, 2009, 614 ss., spec. 620.

²⁰ In particolare, nella sentenza *Inspire Art* si osserva che la scelta, ai fini della costituzione di una società, dello Stato membro le cui norme di diritto societario appaiono meno severe è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato. Inoltre, sempre secondo la Corte di Giustizia, il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui ha la propria sede principale, e svolga invece le sue attività unicamente o principalmente nello Stato membro della sua succursale, «non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento, che consenta a tale Stato di negare alla società interessata di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento». Per un commento, COLANGELO, *Mobilità delle società nello Spazio Europeo - Da Centros a Inspire Art. libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contr. e Impr. Europa*, 2003, 1220 ss.; NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in *Giur. Comm.*, 2005, 5 ss.; COLANGELO, *La sentenza Inspire Art: verso un nuovo «mercato europeo delle regole»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 271 ss.

esplicita il tema del trasferimento della sede statutaria all'estero, affermando i seguenti principi:

- ciascuno Stato membro dispone della facoltà di definire il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, quindi, ciascuno Stato membro è libero di stabilire che le società con sede nel suo territorio debbano essere disciplinate dalla legge nazionale di tale Stato;

- ciò consente ad uno Stato membro di impedire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda trasferire la propria sede principale in un altro Stato membro, senza che ciò si ponga in contrasto con la libertà di stabilimento di cui all'art. 48 CE (ora 54 TFUE);

- tuttavia, il principio di libertà di stabilimento non consente che uno Stato membro possa impedire il trasferimento di una società proveniente da un altro Paese comunitario previa modifica del diritto nazionale applicabile e, cioè, laddove la società straniera si converta in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita.

Nella sentenza si afferma, infatti, che la libertà di ciascuno Stato membro di determinare la legge applicabile alle società aventi la sede nel proprio territorio «lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, 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. Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata che, a meno che non sia giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, è vietata in forza dell'art. 43 CE»²¹.

In sostanza, considerando che, in tema di trasferimento della sede all'estero, ciascun legislatore nazionale può, astrattamente, adottare una delle seguenti soluzioni:

²¹ Nella causa principale, la società di diritto ungherese Cartesio intendeva trasferire la sua sede effettiva dall'Ungheria in Italia, restando al contempo una società di diritto ungherese, e quindi senza cambiamenti per quanto riguarda il diritto nazionale cui è soggetta. La domanda di iscrizione di tale operazione veniva tuttavia respinta dal giudice del registro delle imprese ungherese, in quanto la legge ungherese in vigore non consentiva a una società costituita in Ungheria di trasferire la sua sede all'estero continuando al contempo a essere soggetta alla normativa ungherese. La Corte di Giustizia, nel confermare la legittimità di quanto statuito dall'ordinamento ungherese, afferma, però, che gli Stati membri sono tenuti a consentire il trasferimento della sede all'estero laddove la società adotti uno statuto conforme alla legge nazionale dello Stato di destinazione. Per un commento, v. MATTIA, *La Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di trasferimento transfrontaliero della sede sociale*, in CNN Notizie del 10 marzo 2009; MANZINI-MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, cit., 614 ss.; CERIONI, *The Cross-border mobility of Companies within the European Community after Cartesio Ruling of the ECJ*, in *The Journal of Business Law*, 2010 311 ss.; CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2009, 869 ss.; VISMARA, *Note in tema di libertà di stabilimento delle società. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso Cartesio)*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, 235 ss.

1) la società è tenuta a estinguersi nel Paese d'origine e a costituirsi *ex novo* nel Paese di destinazione;

2) la società conserva la propria identità soggettiva, ma deve adottare regole statutarie conformi alla legge dello Stato di destinazione;

3) la società conserva la propria identità soggettiva e continua ad essere disciplinata dalla legge dello Stato d'origine;

secondo la Corte di Giustizia Europea, le legislazioni nazionali di ciascuno Stato membro sono in contrasto con le regole comunitarie in tema di libertà di stabilimento qualora adottino la soluzione *sub 1)* in caso di trasferimento della sede all'interno dell'Unione Europea²².

Se tale è l'impostazione della giurisprudenza comunitaria, inevitabilmente questa interpretazione è destinata a incidere sull'operatività della disciplina contenuta nell'art. 25 l. 218/1995 nei casi in cui essa determina l'applicazione di una legge straniera che, per il trasferimento della sede sociale all'estero, impone alla società di estinguersi nel Paese d'origine e di costituirsi *ex novo* in base alle regole del Paese di destinazione.

Diversamente, poiché la sentenza in esame riconosce espressamente la libertà di ciascuno Stato membro di determinare la legge regolatrice delle società aventi la sede nel proprio territorio, l'applicabilità dell'art. 25 l. 218/1995 rimane inalterata quando, in caso di trasferimento dall'Italia, il Paese di destinazione imponga l'adozione di uno statuto conforme alla propria legge nazionale.

Analogamente, per il trasferimento di sede dall'Unione Europea verso l'Italia, i principi espressi dalla sentenza *Cartesio* paiono compatibili con la seconda parte del comma 1 dell'art. 25 l. 218/1995, ove si prevede che, se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale della società, si applica in ogni caso la legge italiana, imponendo quindi alle società straniere di adottare una disciplina conforme all'ordinamento italiano.

La sentenza *Cartesio* implica, quindi, il superamento dell'opinione espressa precedentemente da una parte della dottrina, secondo cui le società comunitarie costituite in uno Stato membro che trasferiscono la sede sociale in Italia, in ossequio al principio della libertà di stabilimento, avrebbero potuto continuare ad essere regolate dalla legge del luogo di costituzione²³.

²² MANZINI-MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, cit., 623, rilevano come la novità apportata dalla sentenza *Cartesio* sia ravvisabile nella precisazione secondo cui lo Stato di origine può impedire il trasferimento di una società nazionale, solo se quest'ultima vuole emigrare mantenendo lo statuto personale che esso gli ha attribuito; viceversa, ove la società intenda trasferirsi assumendo la nazionalità dello Stato di destinazione, lo Stato di origine non può imporle lo scioglimento e la liquidazione.

²³ RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, cit., 778; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Civ.*, 2003, 39; PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. Giur.*, 2003, 148; AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. Comm. Intern.*, 2003, 700; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di legge e diritto comunitario*, in *Dir. Comm. Int.*, 2003, 94; PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee* (40° Congresso Nazionale del Notariato - Bari 26/29 ottobre 2003), Milano, 2003, 102 ss.; BARONE, *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi*

L'impostazione della sentenza *Cartesio* è stata successivamente confermata nella sentenza *Vale*, secondo cui:

«1) Gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che 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 mediante la costituzione di quest'ultima.

2) Gli articoli 49 TFUE e 54 TFUE devono essere interpretati, nel contesto di una trasformazione transfrontaliera di una società, nel senso che lo Stato membro ospitante è legittimato a determinare il diritto interno relativo a un'operazione di questo tipo e ad applicare quindi le disposizioni del proprio diritto nazionale relative alle trasformazioni interne che disciplinano la costituzione e il funzionamento di una società, come le regole concernenti la preparazione del bilancio e dell'inventario del patrimonio. Tuttavia, i principi di equivalenza e di effettività ostano, rispettivamente, a che lo Stato membro ospitante

– rifiuti, per le trasformazioni transfrontaliere, di ammettere la menzione della società che ha chiesto la trasformazione in quanto «dante causa», se tale menzione della società dante causa nel registro delle imprese è prevista per le trasformazioni interne, e

– rifiuti di tenere debitamente conto dei documenti che promanano dalle autorità dello Stato membro d'origine nel corso del procedimento di registrazione della società»²⁴.

In sostanza la Corte di Giustizia, dapprima con la sentenza *Cartesio* e successivamente con la sentenza *Vale*, ha affermato che la libertà di stabilimento comunitaria obbliga le legislazioni nazionali a riconoscere la c.d. trasformazione "internazionale" o "transfrontaliera", rendendo incompatibili con le norme comunitarie le disposizioni che impongono alla società che intenda trasferire la sede all'estero di estinguersi nel Paese d'origine per poi costituirsi *ex novo* nel Paese di destinazione²⁵.

Pertanto, come in precedenza rilevato, la disciplina contenuta nell'art. 25 l. 218/1995 dovrà essere disapplicata nei casi in cui essa determini l'applicazione di una legge straniera che per il trasferimento della sede sociale all'estero impone alla società di estinguersi nel Paese d'origine e di costituirsi *ex novo* in base alle regole del Paese di

secondarie di società estere, in *Studi e Materiali*, 2002, 311; BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. Dir. Intern. Proc. Civ.*, 2001, 619; MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'unione europea*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, 100 ss.

²⁴ Per un commento, OCCELLI, *In tema di trasformazioni societarie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2013, 855 ss.; AMBRUNO, *Il caso Vale Epítési: ossia della circolazione societaria*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2014, 1133 ss.; RAMMELOO, *Cross-Border company seat transfers modalities, motives and state of art*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2013; BIERMEYER, *Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE*, in *CML Rev.*, 2013, 584.

²⁵ GAROFALO, *Trasferimento della sede all'estero, mutamento della lex societatis e continuità dei rapporti giuridici*, cit., 67.

destinazione.

Tale interpretazione rileva laddove il trasferimento della sede sociale coinvolga gli Stati europei, come ad esempio la Germania o l'Ungheria, che tradizionalmente non consentivano l'iscrizione nel registro delle imprese di una società costituita all'estero, nonostante essa, contestualmente alla delibera di trasferimento della sede, avesse deliberato anche l'adozione di uno statuto conforme all'ordinamento dello Stato di destinazione²⁶.

Occorre, a tal fine, tenere presente come la tendenza ad adeguarsi ai principi espressi dalla Corte di giustizia nelle citate sentenze sia riscontrabile in tutti i Paesi dell'Unione Europea, anche in quelli più fortemente legati alla teoria della sede reale come, appunto, la Germania²⁷.

In particolare in tale Paese si assiste ad un progressivo adeguamento della giurisprudenza della *Bundesgerichtshof* ai principi comunitari della *Gründungstheorie*, nella prospettiva del riconoscimento del diritto alla libertà di stabilimento delle persone giuridiche di cui agli artt. 49 e 54 TFUE.

Tuttavia, a causa della mancata adozione di una normativa europea comune sul tema (non hanno, infatti, avuto esito i lavori per l'elaborazione di una XIV direttiva sul trasferimento della sede sociale da uno Stato membro all'altro) e della mancata riforma del diritto internazionale privato in Germania (non risulta che la proposta di modifica delle disposizioni preliminari del codice civile tedesco – EGBGB – sia stata poi approvata²⁸), la situazione della Germania è ancora oscillante.

La Corte Suprema, ad esempio - chiamata a decidere su un ricorso verso una decisione di una Corte di merito secondo cui l'omessa iscrizione nell'*Handelsregister* competente di una *limited private company* britannica che aveva trasferito la sede operativa effettiva in Germania comportasse la riqualificazione della stessa società alla stregua di una *Vorgesellschaft* (società di fatto) con conseguente responsabilità illimitata di coloro che hanno agito in nome della stessa - ha invocato il principio comunitario della libertà di stabilimento per affermare che:

- detta società continua ad essere regolata dalle disposizioni del diritto inglese,

²⁶ Secondo la giurisprudenza tedesca più risalente, ad esempio, la società estera che trasferiva sul territorio del foro tedesco la sede amministrativa non poteva essere "riconosciuta" come soggetto giuridico, in quanto non era stata costituita secondo le norme previste dallo statuto personale determinato in applicazione delle norme di conflitto del foro, nonostante la società avesse rispettato in origine le norme del Paese di costituzione (v., ad es., BGH 21 marzo 1986, 97, in *BGHZ*, 1986, 269 ss., citata in MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., 57, nt. 42).

²⁷ Sul punto, v. KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano, 2009, 549 ss., che dà conto del nuovo orientamento della giurisprudenza tedesca e austriaca: in particolare, per la Germania, BGH, 3 marzo 2003, 154, in *BGHZ* 2003, 185 ss.; BGH, 5 luglio 2004, in *Riv. soc.*, 2004, 1593 s.; BGH, 14 marzo 2005, in *RIW*, 2005, 542 ss. e in *Riv. soc.*, 2005, 953, con commento di BELTRAMI, *L'adeguamento della giurisprudenza del BGH ai principi comunitari della Gründungstheorie*; BGH, 19 settembre 2005, in *DStR*, 2005, 1870 ss.; OLG Hamburg, 30 marzo 2007, in *GmbH Rundschau (GmbHR)*, 2007, 763 ss.; BGH, 7 maggio 2007, in *ZIP*, 2007, 1306 ss. l'A. rileva altresì la presenza di tendenze opposte, quali ad esempio la codificazione della teoria della sede reale nella nuova legge belga di diritto internazionale privato, entrata in vigore due anni dopo la sentenza *Überseering*.

²⁸ Di tale proposta dà conto KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, cit., 551 ss.

che non prevedono alcuna responsabilità personale dei soggetti che hanno agito in nome e per conto della società,

- non si applicano neppure le norme tedesche (che non trovano corrispondenti nell'ordinamento inglese) che impongono l'esistenza di un capitale minimo per le società di capitali che si costituiscono in Germania²⁹.

In tale caso la Corte ha adottato, quindi, la soluzione più liberale che consente non soltanto il trasferimento della sede in regime di continuità, ma anche la conservazione della disciplina del Paese d'origine.

D'altra parte, ancora in tempi recenti la giurisprudenza tedesca aveva negato l'ammissibilità della "trasformazione internazionale", ossia della possibilità per una società straniera di trasferirsi in Germania assoggettandosi all'ordinamento tedesco³⁰, salvo poi mutare orientamento dopo poco tempo, proprio fondandosi sulle conclusioni cui è giunta la sentenza *Vale*, che era stata nel frattempo emanata.

E, infatti, la Corte d'Appello di Norimberga³¹ ha affermato l'ammissibilità del trasferimento transfrontaliero di una società straniera a responsabilità limitata (nel caso di specie, una Sarl lussemburghese) in Germania e la conseguente adozione delle regole organizzative della GmbH, dando conto del fatto che, in seguito alla sentenza *Vale* della Corte di Giustizia, si è reso necessario un cambiamento dell'orientamento espresso nella precedente sentenza della stessa Corte d'Appello del 2012 (la citata OLG Nürnberg 13 febbraio 2012), in quanto la sentenza *Vale* ha creato i presupposti per l'ammissibilità di una trasformazione transfrontaliera.

Dunque, all'esito di un lungo percorso caratterizzato dai puntuali interventi della Corte di Giustizia, si dovrebbe attualmente ritenere iscrivibile la delibera con cui una società italiana disponga il trasferimento della propria sede all'interno dell'Unione Europea e l'assoggettamento alla disciplina giuridica del Paese di destinazione, proprio in ragione della prevalenza del diritto "vivente" comunitario rispetto al diritto interno.

4. Profili applicativi del trasferimento della sede verso l'Italia

Una volta individuati i presupposti in presenza dei quali è consentito il trasferimento della sede statutaria all'estero in regime di continuità dei rapporti giuridici (laddove, cioè, detto trasferimento non debba avvenire previo scioglimento e liquidazione della società e successiva costituzione di una nuova società nello Stato di destinazione), occorre esaminare come, di fatto, una società costituita all'estero debba essere introdotta nel nostro ordinamento e adeguata alla legislazione nazionale.

Quanto alla concreta procedura da seguire, e agli adempimenti necessari per trasferire in Italia la sede principale di una società costituita all'estero, il nostro ordinamento non detta specifiche disposizioni.

Premesso che non sembra potersi prescindere dall'obbligo di iscrizione nel

²⁹ BGH, 14 marzo 2005, cit.

³⁰ OLG Nürnberg 13 febbraio 2012.

³¹ OLG Nürnberg 19 giugno 2013 - 12 W 520/13.

registro delle imprese prescritto dall'art. 7, comma secondo, n. 6, d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, la dottrina ha comunque ritenuto applicabile, per analogia, il disposto dell'art. 2508 c.c., che disciplina l'ipotesi di stabilimento in Italia di una sede secondaria e, quindi, l'atto di trasferimento è da ritenersi soggetto alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali e sulla pubblicazione del cognome, del nome, della data e del luogo di nascita delle persone che le rappresentano stabilmente nel territorio dello Stato, con indicazione dei relativi poteri³².

In merito alle regole che debbono presiedere alla redazione dell'atto di trasferimento, occorre tenere presente che la decisione ad esso relativa è un atto interamente soggetto al diritto straniero. Per effetto, infatti, di quanto stabilito dall'art. 25, comma 1 l. 218/1995, le società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Pertanto, finché il trasferimento in Italia non diventa efficace, la società opera in conformità alla legge dello Stato di provenienza.

La delibera di trasferimento è, dunque, regolata dalla legge dello Stato d'origine e, pertanto, dovrà essere assunta dagli organi competenti e secondo le modalità disposte dalla legge applicabile alla società in esame.

Occorre, peraltro, garantire il rispetto dell'art. 25 l. 218/1995 che, pur accogliendo il principio della legge dello stato di costituzione, precisa che si applica la legge italiana qualora la sede dell'amministrazione sia situata in Italia ovvero se in Italia si trovi l'oggetto principale della società.

E' necessario, quindi, che lo statuto della società trasferita, da iscriverne nel registro delle imprese, contenga disposizioni conformi alle norme inderogabili dell'ordinamento italiano, quali, in particolare, l'adozione della disciplina di uno dei tipi sociali previsti dal nostro ordinamento.

Laddove la decisione di trasferimento della sede venga redatta all'estero, nonostante la legge straniera ne disciplini i requisiti non solo di sostanza, ma anche di forma, trattandosi di documento destinato all'iscrizione del registro delle imprese italiano appare necessario che l'atto rivesta quantomeno la forma autentica prescritta dall'art. 11 d.p.r. 581/1995 e che lo stesso sia preventivamente depositato presso un notaio ai sensi dell'art. 106 l. not.

Il notaio che procede al deposito ex art. 106 l. not. del verbale redatto all'estero di trasferimento della sede - debitamente tradotto e munito, se necessario, di legalizzazione o Apostille - è altresì tenuto ad eseguire il controllo di legalità, provvedendo, se necessario, al compimento delle integrazioni che possano occorrere per adeguare la società alle regole dell'ordinamento italiano³³.

Particolare attenzione deve essere rivolta ai requisiti minimi del capitale sociale.

³² DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., 2004, 141; PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. Not.*, 2004, 343 ss.

³³ Al riguardo, v. LEO, *Deposito di atto estero privo del certificato di destinazione urbanistica*, in *Studi e materiali*, 1/2005, Milano, 173-174; TONDO *Deposito di atti esteri*, in *Vita Not.*, 1980, 1050 e *Atti esteri relativi a immobili in Italia*, in *Riv. Not.*, 1992, 496.

Premesso che il trasferimento in Italia della sede non può essere equiparato ad una nuova costituzione della società stessa, in ragione del principio di continuità dell'ente che si trasferisce, non sussiste l'obbligo di eseguire il versamento di quanto prescritto in sede di costituzione della società, purché il capitale risulti effettivamente esistente nella misura minima prevista dalla legge³⁴.

A tal proposito si può rilevare come, laddove si tratti di società proveniente da un ordinamento che impone il rispetto delle tutele poste a garanzia della corretta formazione del capitale sociale, non sarà neppure necessario richiedere una perizia di stima³⁵.

Diversamente, sarà necessario che l'esistenza di un patrimonio sociale idoneo a garantire la copertura di un patrimonio minimo risulti attestata in maniera idonea attraverso la redazione di una perizia di stima redatta secondo le modalità richieste dal tipo sociale prescelto.

Laddove, invece, la società sia priva di elementi patrimoniali idonei a garantire la copertura del capitale minimo, sarà necessario procedere a versare quanto dovuto nel rispetto delle norme sui conferimenti previste per il tipo sociale adottato.

Circa la possibilità, per il notaio italiano, di ricevere egli stesso la delibera di trasferimento della sede in Italia, si segnala come ciò presupponga l'applicazione e quindi la conoscenza dell'ordinamento di provenienza, che si articola non solo nelle leggi scritte, ma anche nella giurisprudenza e nella prassi applicativa straniera.

Peraltro, se da un lato il ricevimento per atto pubblico di un verbale di società estera regolata dalla legge straniera non dovrebbe di per sé essere soggetto all'art. 2436 c.c. e all'art. 138-bis, l. not., dall'altro lato è tuttora discussa la più generale questione se la violazione di norme imperative di un ordinamento straniero possa ingenerare responsabilità ex art. 28 l. not.

5. Profili applicativi del trasferimento della sede dall'Italia

Il trasferimento della sede di società italiana all'estero è disciplinato in alcune disposizioni specifiche, quali gli artt. 2369, 2437 e 2473 c.c.

L'art. 2369, comma 5, c.c., dispone che nelle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il trasferimento della sede sociale all'estero.

Gli artt. 2437 e 2473 c.c., dettati rispettivamente per le società per azioni e a responsabilità limitata, prevedono che il trasferimento della sede all'estero è causa di

³⁴ PAOLINI, *Trasferimento di sede di una società di capitali di diritto inglese dal Regno Unito in Italia*, in CNN Notizie del 27 luglio 2006.

³⁵ È il caso, ad esempio, di tipo societario soggetto all'applicazione della Seconda Direttiva Comunitaria (come la *Société Anonyme lussemburghese*), soggetta all'origine a regole e principi che presiedono alla formazione del capitale sociale analoghi a quelli vigenti nel nostro ordinamento per le società per azioni (PAOLINI, *Trasferimento in Italia della sede di società lussemburghese - requisiti di capitale*, in CNN Notizie del 22 dicembre 2009).

recesso.

Un discorso a parte meritano i profili pubblicitari del trasferimento della sede all'estero, laddove tale operazione implichi una cancellazione della società trasferita dal nostro registro delle imprese.

Si sono da tempo sottolineati i rischi di una cancellazione che non sia accompagnata dall'iscrizione in un registro pubblico dello Stato di arrivo, con funzioni analoghe al Registro delle Imprese, o dal trasferimento dell'effettivo esercizio dell'attività imprenditoriale, o dal trasferimento presso la nuova sede del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa della società, determinandosi una vera e propria "sparizione" delle società stesse.

Fenomeno che può determinare un grave nocumento per i terzi nonché forme di elusione fiscale, e pone il problema su come il trasferimento stesso debba essere attuato ed in particolare sulle formalità da esplicitare presso l'ufficio del registro delle imprese³⁶. Tanto che nelle istruzioni di alcuni Giudici del Registro delle Imprese si precisa che «eseguita l'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di trasferimento sede richiesta dal notaio ovvero ordinata dal Tribunale, in tanto potrà procedersi alla cancellazione della società dallo stesso registro in quanto risulti che l'efficacia del trasferimento medesimo sia stata riconosciuta dallo Stato di destinazione mediante i sistemi pubblicitari previsti dal relativo ordinamento»³⁷.

In conseguenza di ciò, alcune Camere di Commercio hanno previsto un'articolazione del procedimento nelle seguenti fasi: a) il notaio richiede solo l'iscrizione nel Registro della delibera senza richiedere la modifica dell'indirizzo della sede legale e la cancellazione della società. In tal caso nella domanda (modello S2 e riquadro 20) potrà essere specificato che il trasferimento deliberato avrà efficacia con il riconoscimento del Paese di destinazione; b) successivamente, effettuati gli adempimenti previsti nello Stato di arrivo, il notaio o un amministratore potrà richiedere la cancellazione della società (tramite il modello S3 - indicando nelle note l'assolvimento degli adempimenti pubblicitari presso lo Stato estero) allegando la documentazione che comprovi il rispetto degli adempimenti pubblicitari³⁸.

Si tratta di una soluzione che oggi è imposta anche dalla cospicua giurisprudenza che ha affrontato il tema della assoggettabilità a fallimento di società italiane che avevano trasferito fittiziamente la propria sede all'estero³⁹ e che è

³⁶ Come evidenziato, ad esempio, in una nota della Camera di Commercio di Roma del 9 ottobre 2007.

³⁷ Giudice del Registro delle Imprese di Roma, provvedimento del 9 marzo 2007.

³⁸ Nota della Camera di Commercio di Roma del 9 ottobre 2007.

³⁹ Cass. S.U., ord. 3 ottobre 2011, n. 20144; recentemente, si era espressa anche Cass., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1508, secondo cui «il trasferimento della sede sociale all'estero non fa venir meno la "continuità" giuridica della società trasferita (al cui cambiamento di denominazione sociale non può dunque ricollegarsi un mutamento di identità), almeno nelle ipotesi nelle quali la legge applicabile nella nuova sede concordi con il determinarsi di tale effetto. Una di queste ipotesi è per l'appunto ravvisabile nel trasferimento della sede sociale, con assunzione da parte della società trasferita dello "status" di International Business Company con nuova denominazione, atteso che la legge ivi applicabile prevede, in tale situazione, la "continuità" del nuovo ente rispetto a quello "originario". Da tale continuità, che trova conferma anche nell'art. 2437 c.c., comma 1, lett. c), e art. 2473 c.c., comma 1, deriva anche che la cancellazione della società dal Registro Imprese italiano in conseguenza del trasferimento della sede

condivisa anche dalla prassi notarile⁴⁰.

Muovendo dalla possibilità che l'ordinamento del Paese di arrivo preveda limiti al trasferimento della sede (con conseguente assoggettamento al diritto interno della società proveniente dall'estero), si è così ritenuto che «nel caso di trasferimento della sede di una società italiana in diverso Paese UE, la relativa decisione - che auspicabilmente dovrebbe contenere gli elementi sufficienti a stabilire in modo non equivoco se il trasferimento comporta o meno il definitivo "abbandono" dell'ordinamento giuridico italiano - deve comunque essere iscritta nel Registro delle Imprese come modificazione dell'atto costitutivo della società italiana alla quale:

1) non seguirà alcuna ulteriore formalità pubblicitaria in ordine al trasferimento qualora la società intenda mantenere la soggezione all'ordinamento giuridico italiano (ipotesi verosimilmente piuttosto rara);

2) seguirà invece l'istanza di cancellazione della società dal Registro delle Imprese, da presentarsi a cura dell'organo amministrativo, dopo che sarà stata perfezionata all'estero l'iscrizione della società o risulti comunque compiuta la procedura di costituzione secondo la nuova legge di appartenenza»⁴¹.

Tali considerazioni, svolte con riguardo ai trasferimenti "infracomunitari", per i quali si deve anche tener conto della richiamata evoluzione giurisprudenziale in materia di libera circolazione, valgono a maggior ragione per i trasferimenti verso Paesi non UE, rispetto ai quali non opera il medesimo principio.

In conclusione alla cancellazione della società dal registro delle imprese può provvedersi solo laddove si abbia la prova dell'avvenuta iscrizione nell'omologo registro del Paese di arrivo, con la conseguenza che la delibera di trasferimento della sede all'estero risulta di fatto sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva legale consistente nell'adempimento delle formalità che, nell'ordinamento straniero di

legale all'estero non fa decorrere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento previsto dalla L. Fall., art. 10, comma 1, che, conformemente alla sua ratio, trova applicazione nei casi nei quali la cancellazione dal Registro imprese sia stata operata sul presupposto della cessazione dell'attività (come quando giunge a compimento il procedimento di liquidazione a norma dell'art. 2495 c.c., nel testo novellato dal D.Lgs. n. 6 del 2003, che in tal caso dalla cancellazione fa derivare l'effetto estintivo dell'ente), mentre la cancellazione per dichiarato trasferimento all'estero della società presuppone per l'appunto - a prescindere dal carattere fittizio di tale dichiarazione di trasferimento - il contrario, che cioè la società continui a svolgere la propria attività imprenditoriale, sia pure in altro Stato».

⁴⁰ Orientamento del Comitato Triveneto dei Notai E.B.3, Attuazione della pubblicità del trasferimento della sede all'estero - 1° pubbl. 9/12, secondo cui «Mentre la deliberazione di trasferimento della sede legale di una società costituita in Italia in un altro Stato, senza abbandono del diritto italiano, è immediatamente iscrivibile nel Registro delle Imprese italiano e non comporta la cancellazione della medesima da detto Registro, il cambiamento del diritto nazionale applicabile (c.d. mutamento della "*lex societatis*"), con assunzione di una forma societaria propria del diritto nazionale dello Stato membro dell'Unione Europea di destinazione (vedi orientamento E.B.1), è subordinato alla cancellazione della società dal Registro delle Imprese italiano. Detta cancellazione, che può avvenire solo dopo il riconoscimento della società nella sua nuova forma da parte dello Stato di destinazione, non è soggetta a controllo di legalità da parte del notaio italiano e dunque può essere richiesta direttamente dagli amministratori. E' preferibile ritenere che la cancellazione della società dal Registro Imprese italiano non possa avvenire prima che siano decorsi sessanta giorni dall'iscrizione della delibera senza che siano intervenute opposizioni da parte dei creditori».

⁴¹ V. Osservatorio sulla riforma del diritto societario di Milano, massima n. 9 del 16 ottobre 2007.

arrivo, garantiscono l'avvenuto ingresso della società in quel Paese⁴².

In virtù di tali considerazioni, la giurisprudenza ha correttamente ritenuto necessario procedere alla cancellazione dal registro delle imprese dell'iscrizione di avvenuta cessazione di una società, conseguente alla cancellazione della stessa dovuta al trasferimento all'estero della relativa sede sociale, in mancanza della prova dell'avvenuta iscrizione della società nel registro delle imprese dello Stato di arrivo⁴³.

Tenendo dunque presente che, per l'ordinamento italiano, il trasferimento della sede all'estero diventa efficace soltanto dopo che la società sia stata iscritta nel registro delle imprese straniero, laddove quest'ultimo ammetta il trasferimento delle società straniere, previo adeguamento alla propria legge (così, come, d'altronde, avviene per l'ingresso di società straniere in Italia), si dovrà altresì valutare sul piano operativo se sia più opportuno che tale adeguamento sia già posto in essere con approvazione del nuovo statuto nel Paese di provenienza (Italia) o se, invece, tale adeguamento debba esser operato direttamente nello Stato di arrivo.

In astratto, entrambe le soluzioni appaiono percorribili, considerato che nulla vieta al notaio italiano di verbalizzare la delibera con cui i soci, oltre a decidere il trasferimento della sede all'estero, approvano anche il nuovo statuto conforme alle norme straniere⁴⁴.

⁴² La Sezione Tributaria Civile della Corte di Cassazione, con sentenza 19 marzo 2014, n. 6388, segnalata in *CNN Notizie* del 20 marzo 2014, con nota di BOGGIALI – RUOTOLO, *La cancellazione a seguito di trasferimento all'estero non comporta estinzione della società*, precisa che «qualora la cancellazione di una società dal registro delle imprese italiano sia avvenuta, non a compimento del procedimento di liquidazione dell'ente, o per il verificarsi di altra situazione che implichi la cessazione dell'esercizio dell'impresa e da cui la legge faccia discendere l'effetto necessario della cancellazione, bensì come conseguenza del trasferimento all'estero (nella specie, in Francia) della sede della società, non può considerarsi verificata l'estinzione dell'ente, ai sensi dell'art. 2495 c.c. Tale norma, invero, ancora inequivocabilmente l'estinzione della società alla cancellazione avvenuta all'esito dell'approvazione del bilancio finale di liquidazione, a norma del co. 1 della medesima disposizione. Per converso, il trasferimento della sede all'estero non determina il venir meno della continuità giuridica della società trasferita e non ne comporta, quindi, in alcun modo, la cessazione dell'attività. Il che si desume, peraltro, del tutto agevolmente dal disposto degli artt. 2437, co. 1, lett. c) e 2473, co. 1, c.c., laddove prevedono, rispettivamente in relazione alla società per azioni ed a quella a responsabilità limitata, la possibilità di recesso dall'ente - logicamente inconcepibile nei confronti di un soggetto estinto - dei soci che non abbiano concorso alle deliberazioni riguardanti "il trasferimento della sede sociale all'estero" (cfr. Cass. S.U. 5945/13)». Sul punto è intervenuto anche il Tribunale di Milano – Giudice del Registro delle imprese, decr. 7 gennaio 2013 (in *Giur. it.*, 204, 6161, con nota di Boggio, *Trasferimenti fittizi, incompleti o "ultrannuali" della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*), secondo cui «la deliberazione di trasferimento della sede all'estero non comporta di per sé lo scioglimento dell'ente per l'ordinamento italiano ma la sola modificazione dell'atto costitutivo (con necessità di iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese) cui può seguire — solo laddove la società documenti di aver completato le procedure per la sua iscrizione nel Paese prescelto per la nuova sede — la cancellazione della società dal registro, non già in dipendenza del suo scioglimento ma in dipendenza appunto del mutamento di statuto personale deliberato e divenuto efficace — ai sensi dell'art. 25 legge n. 218/1995 — in quanto eseguito anche in conformità all'ordinamento dell'altro Paese interessato»).

⁴³ Sulla cancellazione della cancellazione di società per trasferimento della sede all'estero, v. Cass. 19 marzo 2014, n. 6388, cit.; Cass. 24 gennaio 2014, n. 1508; Cass. S.U. 3 ottobre 2011, n. 20144; Trib. Roma - Ufficio del Giudice del registro delle imprese - 15 febbraio 2015, cit.; Trib. Milano – Giudice del Registro delle imprese - decr. 7 gennaio 2013, cit.

⁴⁴ Tuttavia, si segnala che, come già in precedenza rilevato, ciò presuppone la pressoché integrale conoscenza del relativo ordinamento ed è estremamente dibattuta la questione in ordine alle

In entrambi i casi, si deve comunque tenere presente che lo statuto conforme all'ordinamento straniero non è di per sé soggetto all'iscrizione nel registro delle imprese italiano, in quanto, fintantoché la società non sarà iscritta nel registro delle imprese straniero, il trasferimento della sede all'estero non diventa esecutivo e, quindi, la società continua ad essere regolata dal previgente statuto conforme all'ordinamento italiano.

Ciò significa che, ai fini dell'iscrizione della delibera di trasferimento della sede all'estero, non occorre il contestuale deposito del nuovo statuto regolato dalla legge dello Stato di destinazione.

Una volta adempiuta la pubblicità nel Paese di arrivo, si potrà allora procedere con la richiesta di iscrizione di cancellazione delle società presso il registro delle imprese italiano.

conseguenze della violazione di leggi straniere da parte del notaio italiano. Sul punto, l'Orientamento del Comitato Triveneto dei Notai E.B.2. - Incompetenza del notaio verbalizzante il trasferimento della sede all'estero con mutamento della "lex societatis" di verificare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 3 dell'art. 25 della l. 218/1995 - 1° pubbl. 9/12, rileva quanto segue: «Il Notaio verbalizzante il trasferimento della sede sociale all'estero di una società di capitali italiana che muti la "lex societatis" deve verificare le condizioni di legittimità della deliberazione di trasferimento della sede legale all'estero secondo le norme sostanziali dell'ordinamento nazionale, non anche la compatibilità di detta operazione con le norme di diritto societario straniero ai sensi del comma 3 dell'art. 25 della L. 218/1995». Secondo l'Orientamento E.B.3, Attuazione della pubblicità del trasferimento della sede all'estero, cit., la cancellazione dal registro delle imprese di una società costituita in Italia che abbia trasferito la sede in altro Stato, che può avvenire solo dopo il riconoscimento della società nella sua nuova forma da parte dello Stato di destinazione, non è soggetta a controllo di legalità da parte del notaio italiano e dunque può essere richiesta direttamente dagli amministratori.