

Dottorando: Pietro Sanna.

**LA CONTINUITÀ DELLO STATUS SOCIETARIO ACQUISITO ALL'ESTERO
E LIBERTÀ DI STABILIMENTO
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.**

Abstract: L'esercizio del diritto di stabilimento delle società in ambito comunitario – ed, in particolare, i suoi limiti – costituisce tema quanto mai attuale e controverso nel panorama del diritto internazionale. I principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel *caso Polbud*, rappresentano solamente l'ultimo *step* di un percorso interpretativo che la Corte ha avviato, a partire dalla fine degli anni '80, per sopperire, in via giurisprudenziale, alle lacune che caratterizzano la relativa disciplina. L'obiettivo del presente lavoro, a seguito di una breve disamina dei testi normativi di riferimento, nonché della più rilevante giurisprudenza comunitaria in materia, è quello di analizzare la decisione in oggetto al fine di interrogarsi sulla sua effettiva portata.

1. Il diritto di stabilimento nei Trattati istitutivi dell'UE.

Come noto, l'obiettivo primario dell'integrazione europea è espressamente costituito dalla realizzazione di un mercato interno. Quest'ultimo è descritto, in termini astratti, dall'art. 26 del Trattato di Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che fa riferimento all'instaurazione ed al funzionamento di uno “*spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*”¹.

¹ Art. 26 TFUE: “1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati 3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati”. A. Lang, Art. 26, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, 2° ed., Padova, 2014, pp. 231 e ss.

Risulta evidente come, per l'implementazione di un mercato così inteso, si riveli indispensabile il riconoscimento in capo ai cittadini europei non solo del diritto di circolare liberamente tra i diversi Stati dell'Unione ma anche, e soprattutto, di potervi esercitare qualsiasi forma di attività economica alle medesime condizioni normative che il Paese di destinazione stabilisce per i propri cittadini.

A tale scopo, nel TFUE è stato, pertanto, sancito il diritto di stabilimento², che consiste, per l'appunto, nella libertà, per i cittadini comunitari, di svolgere attività indipendenti e libero professionali, nonché di creare e gestire imprese, al fine di esercitare un'attività permanente su base stabile e continuativa, alle stesse condizioni che la legislazione dello Stato membro di stabilimento attribuisce a ciascuno dei propri cittadini.

Sebbene il secondo paragrafo dell'art. 49 TFUE³, nell'individuare detto principio, indichi specificamente le persone fisiche quali destinatari della disposizione ivi contenuta, è pacifico⁴ che la stessa possa trovare applicazione anche nei confronti delle persone giuridiche ed, in particolare, delle società

² R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2° ed., Torino, 2017, pp. 490 e ss.; T. Szabados, *The Transfer of the Company Seat: The Freedom of Establishment and National Laws*, in *Acta Universitatis Sapientiae – Legal Studies*, Vol. 2, n. 1, 2013, pp. 153 e ss.; G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, 7° ed., Padova, 2012, pp. 496 e ss.; M. V. Benedettelli, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle Società*, fasc. 6, 2010, pp. 1251 e ss.; A. Righini, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e Impresa*, 3/2006, 2006, pp. 755 e ss.; E. Vaccaro, *Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company Law*, in *European Business Law Review*, Vol. 16, Issue 6, 2005, pp. 1348 e ss.; E. Wymeersch, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle Società*, fasc. 4, 2003, pp. 723 e ss.

³ Art. 49 TFUE: “§1. Nel quadro delle disposizioni che seguono, 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. §2. 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”. D. Diverio, Art. 49, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., pp. 350 e ss.

⁴ Art. 54 TFUE: “§1. 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. §2. 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”. D. Diverio, Art. 54, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., pp. 414 e ss.

commerciali, rendendo anch'esse, pertanto, centri d'imputazione della libertà di circolazione e di iniziativa economica privata all'interno dell'Unione⁵.

Va posto, tuttavia, in evidenza che l'esercizio della libertà di stabilimento⁶ non può ritenersi priva di limitazioni, laddove, sono gli stessi Trattati istitutivi a restringerne la portata: è il primo comma dell'art. 52 TFUE⁷, in particolare, a consentire alle singole legislazioni nazionali di porre restrizioni al diritto in oggetto, ponendo come unica condizione che queste trovino giustificazione in “*motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*”.

2. L'evoluzione della libertà di stabilimento nella giurisprudenza comunitaria.

Come emerge chiaramente dall'art. 54 TFUE⁸, i Trattati istitutivi non operano una scelta univoca in relazione al criterio di collegamento in base al quale debba definirsi la nazionalità di una società⁹, che resta, pertanto, esclusivo appannaggio delle legislazioni nazionali¹⁰. In particolare, come noto, mentre talune¹¹ sono

⁵ E. Pederzini, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2016, pp. 93 e ss.

⁶ Tale libertà comprende, da un lato, la possibilità di trasferire il centro dell'attività economica in uno Stato diverso da quello d'origine – cd. stabilimento a titolo principale –, e, dall'altro, la facoltà di aprire, nel territorio di un diverso Paese membro, filiali, agenzie o succursali – cd. stabilimento a titolo secondario –. A tal proposito, si veda P. Troianiello, *La trasformazione transfrontaliera delle società quale esercizio della libertà di stabilimento*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Anno LVI, n. 4, ottobre – dicembre 2017, pp. 599 e ss.

⁷ Art. 52 TFUE: “1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive per il coordinamento delle suddette disposizioni”. D. Diverio, Art. 52, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., pp. 375 e ss.

⁸ Si veda la nota 3.

⁹ Vale a dire, il luogo di costituzione della sede sociale, la sua ubicazione, quella dell'amministrazione centrale ovvero del centro di attività principale.

¹⁰ Tale rilievo non stupisce, laddove anche in relazione all'attribuzione della cittadinanza delle persone fisiche i Trattati hanno, specularmente, optato per non indicare un unico criterio di collegamento esclusivamente applicabile in tutti gli Stati membri. Sul tema dell'assimilazione, sotto tale aspetto, tra persone fisiche e giuridiche, si veda S. Marino, *La libera circolazione*

orientate al cd. principio dell'incorporazione, che fa corrispondere la legge regolatrice della società a quella dello Stato di costituzione, in altri sistemi¹² trova, invece, applicazione la cd. teoria della "sede effettiva", in base alla quale la soggettività della società dipende dall'ubicazione della sua sede, giacché la *lex societatis* viene fatta coincidere con la legge del luogo in cui è collocato il suo centro di interessi, ovverosia la sua amministrazione¹³.

Se l'applicazione del principio dell'incorporazione non pone ostacoli di sorta all'esercizio del diritto di stabilimento, laddove il trasferimento di sede non comporta per la società la perdita della soggettività giuridica, lo stesso non può dirsi per la teoria della sede effettiva, idonea, invece, ad impedire la continuità dello *status* legittimamente acquisito all'estero.

Quanto sopra dimostra come le discipline interne possono ostacolare, in atto o in potenza, in modo diretto od indiretto, l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento: è per tale ragione che la CGUE si è trovata, in più occasioni, a dover verificare l'ammissibilità di tali limitazioni al fine di garantire l'effettività del diritto comunitario.

A partire dal caso *Daily Mail* del 1988¹⁴, e passando per storiche decisioni quali *Centros*¹⁵, *Uberseering*¹⁶, *Cartesio*¹⁷, o *VALE*¹⁸, la Corte ha concentrato le

della persone giuridiche: la definitiva "liberalizzazione" del diritto di stabilimento primario delle società commerciali?, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Vol. 32, fasc. 2, 2018, pp. 581 e ss.

¹¹ A titolo esemplificativo, le legislazioni di Italia, Regno Unito e Olanda.

¹² A titolo esemplificativo in Germania, Austria, Spagna, Belgio e Francia.

¹³ A. Righini, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e Impresa*, cit., pp. 758 e ss.; E. Vaccaro, *Transfer of Seat and Freedom of Establishment in European Company Law*, in *European Business Law Review*, cit., pp. 1349-1350; E. Wymeersch, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Rivista delle Società*, fasc. 4, 2003, pp. 723 e ss.

¹⁴ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *The Queen contro H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, Causa 81/87, in Raccolta elettronica. C. Carli, *Diritto tributario europeo e "paradisi fiscali": abuso del diritto...di stabilimento o lacuna del sistema fiscale comunitario?*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 2-4, 1988, pp. 128 e ss.

¹⁵ Sentenza della Corte del 9 marzo 1999, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Causa C-212/97, in Raccolta elettronica. F. Munari, P. Terrile, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno IV, 1/01, 2001, pp. 1 e ss.; A. Perrone, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"*, in *Rivista delle Società*, fasc. 5, 2001, pp. 1292 e ss.; A. Della Chà, *Companies, Right of Establishment and the Centros Judgment of the European Court of Justice*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 2000, pp. 925 e ss.; S. Fortunato, *La*

proprie attenzioni sulla particolare situazione di vantaggio, espressione del diritto di stabilimento *ex art. 49 TFUE*, consistente nella facoltà di selezionare, al fine dell'organizzazione e dell'esercizio dell'attività di impresa, una qualsiasi legge regolatrice tra quelle previste dalle legislazioni dei diversi Stati membri. La CGUE, nel perseguire l'obiettivo di garantire la massima estensione della portata operativa dell'esercizio di tale libertà, limitando, specularmente, il potere degli Stati di costituzione di porvi restrizioni e veti, si è trovata, in modo particolare, ad affrontare il tema dell'abuso del diritto di stabilimento, derivante dalla prassi diffusa di creare o trasferire società in Stati membri diversi da quello di

libertà di stabilimento delle società in una recente sentenza della Corte di giustizia. Il caso Centros, in *Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 1, 2000, pp. 83 e ss.; M. Gestri, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 1, 2000, pp. 71 e ss.

¹⁶ Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Überseering BV contro Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Causa C-208/00, in Raccolta elettronica. F. Wooldridge, *Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed*, in *Europe Business Law Review*, Vol. 14, Issue 3, 2003, pp. 227 e ss.; F. Capelli, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp. 50 e ss.

¹⁷ Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 dicembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, Causa C-210/06, in Raccolta elettronica. M. V. Benedettelli, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Rivista delle Società*, cit., pp. 1251 e ss.; P. Manzini, F.M. Mucciarelli, *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Vol. 36, 2009, pp. 614 e ss.; S. Crespi, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 45(4), 2009, pp. 869 e ss.; A. Johnson, P. Syrpis, *Regulatory Competition in European company law after Cartesio*, in *European Law Review*, 34(3), 2009, pp. 378 e ss.; R. Alonso Garcia, *Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)*, in *Revista española de derecho europeo*, n. 30, 2009, pp. 197 e ss.

¹⁸ Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 12 luglio 2012, *VALE Építési kft.*, Causa C-378/10, in Raccolta elettronica. T. Biermeyer, *Shaping the space of cross-border conversions in the EU: between rights and autonomy*, in *Common Market Law Review*, Vol. 50, Issue 2, 2013, pp. 571 e ss.; J. Borg-Barthet, *Free at Last? Choice of Corporate Law in the EU Following the Judgment in Vale*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, Issue 2, 2013, pp. 503 e ss.; S. Rammeloo, *Freedom of establishment: cross-border transfer of company seat – The last piece of the puzzle?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 19, 2012, pp. 563 e ss.; Non si tratta di un elenco chiuso, laddove simili questioni sono state altresì affrontate in altri casi, quali, ad esempio, *Inspire Art* - Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contro Inspire Art Ltd.*, Causa C-167/01, in Raccolta elettronica -, *Cadbury Schweppes* - Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contro Commissioners of Inland Revenue*, Causa C-196/04, in Raccolta elettronica - e *Sevic* - Sentenza della Corte (grande sezione) del 13 dicembre 2005, *SEVIC Systems AG*, Causa C-411/03, in Raccolta elettronica -.

appartenenza al solo fine di sottoporsi a normative fiscali più vantaggiose o leggi regolatrici maggiormente convenienti.

Il suddetto percorso interpretativo ha condotto la Corte a limitare estremamente la casistica dei comportamenti abusivi, andando ad affermare taluni principi interpretativi fondamentali per la corretta declinazione della disciplina contenuta nei Trattati, e finalizzati, pertanto, a favorire la continuità degli *status* all'interno dell'Unione.

In tal senso, principio cardine, in più occasioni affermato dalla Corte, risulta essere quello per cui il trasferimento della sede da parte di una società per ragioni di convenienza non può rappresentare *ex se* una valida e sufficiente ragione per integrare un fenomeno d'abuso, rientrando tale comportamento nel novero dei diritti riconosciuti e garantiti dall'ordinamento comunitario a favore dei propri consociati.

Come si vedrà, tale principio viene ripreso anche nella più recente sentenza Polbud¹⁹, ultimo *step*, in ordine di tempo, dell'opera interpretativa della Corte,

¹⁹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 25 ottobre 2017, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, Causa C-106/16, in Raccolta elettronica. G. Dalla Valentina, *Libertà di stabilimento e restrizioni alle trasformazioni internazionali "in uscita": il caso Polbud*, in *Eurojus*, reperibile on-line all'indirizzo: <http://rivista.eurojus.it/liberta-di-stabilimento-e-restrizioni-alle-trasformazioni-internazionali-in-uscita-il-caso-polbud/>, 2018; N. de Luca, A. Gentile, F. Schiavottello, *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Le Società*, 1/2018, 2018, pp. 5 e ss.; S. Marino, *La libera circolazione della persone giuridiche: la definitiva "liberalizzazione" del diritto di stabilimento primario delle società commerciali?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, cit., pp. 581 e ss.; A. Busani, *Trasferimenti societari senza vincoli all'interno dell'Ue*, in *ilsole24ore*, reperibile on-line all'indirizzo: <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2017-10-25/trasferimenti-societari-senza-vincoli-all-interno-ue-202925.shtml?uuid=AEgGidvC>, 2017; F. Mucciarelli, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola*, in *Le Società*, 12/2017, 2017, pp. 1327 e ss.; P. Troianiello, *La trasformazione transfrontaliera delle società quale esercizio della libertà di stabilimento*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, cit., pp. 608 e ss.; S. Rammeloo, *Cross-border company migration in the EU: Transfer of registered office (conversion) – the last piece of the puzzle? Case C-106/16 Polbud, EU:C:2017:804*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25, 2018, pp. 87 e ss.; A.B.S. Sørensen, *Cross-border Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die...They Simply Fade Away to Another Country*, in *European Company Law*, Vol 15, Issue 1, 2018, pp. 21 e ss.; F. Garcimartín, *Change of Lex Societatis: A Quick Comment on the Polbud Case*, in *Oxford Business Law Blog*, reperibile on-line all'indirizzo: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/07/changes-lex-societatis-quick-comment-polbud-case>, 2017; H. Horak, K. Dumančić, *Cross-Border Transfer of the Company Seat: One Step Forward, Few Steps Backward*, in *US-China Law Review*, Vol. 14, 2017, pp. 711 e ss.; J. Von Hein, *Freedom of establishment after Polbud: Free transfer of the registered office*, in *Conflict of Laws.net*, reperibile on-line all'indirizzo:

costantemente orientata alla massima promozione e tutela dell'effettività dei diritti e delle libertà dei cittadini dell'Unione.

3. Il caso *Polbud*: Sull'abuso del diritto unionale.

Con delibera del 30 settembre 2011, l'assemblea straordinaria della *Polbud-Wykonawstwo sp. z o.o.* (*Polbud*), società a responsabilità limitata di diritto polacco con sede a Łąck, in Polonia, decideva, in applicazione del secondo punto dell'art. 270 del Codice delle società commerciali della Repubblica di Polonia ("*Kodeks spółek handlowych*")²⁰, di trasferire in Lussemburgo la propria sede legale, mantenendo, invece, invariata la propria sede amministrativa nonché il luogo dell'esercizio effettivo della propria attività economica²¹.

In base alla suddetta delibera, su istanza dei rappresentanti della società, veniva, pertanto, annotato nel registro delle imprese polacco l'avvio della procedura di liquidazione e, di conseguenza, nominato il liquidatore.

Due anni più tardi, a seguito dell'avvenuto trasferimento della sede legale della società mediante iscrizione della medesima nel registro delle imprese

<http://conflictoflaws.net/2017/freedom-of-establishment-after-polbud-free-transfer-of-the-registered-office/>, 2017; S. Álvarez Royo-Villanova, *El traslado internacional de domicilio: novedades de la Sentencia del TJUE Polbud*, in *Revista Lex Mercatoria*, n. 7, 2017, pp. 1 e ss.

²⁰ Art. 270 Codice delle società commerciali della Repubblica di Polonia: "*La società si scioglie: 1) per le cause previste dal contratto sociale; 2) per la deliberazione dei soci di scioglimento della società o di trasferimento della sede all'estero, risultante da un verbale redatto da notaio; 3) per la dichiarazione di fallimento della società; 4) per le altre cause previste dalla legge*". C. Fornari, M. Spyra, *Codice delle società commerciali della Repubblica di Polonia*, Milano, 2010, p. 103.

²¹ La legge polacca parrebbe prediligere il criterio dell'incorporazione, laddove al primo paragrafo dell'art. 19 dell'*Ustawa - Prawo prywatne międzynarodowe*, ossia la legge interna sul diritto internazionale privato, consente il trasferimento della sede di una società polacca in un altro Stato senza che ciò comporti la perdita della personalità giuridica acquistata in Polonia. In particolare, la norma prevede che "*Alla data del trasferimento della sede in un altro Stato, la persona giuridica è soggetta alla legge di detto Stato. La personalità giuridica acquisita nello Stato della sede precedente è conservata qualora ciò sia previsto dalla legge di ciascuno degli Stati interessati. Il trasferimento della sede all'interno dello Spazio economico europeo non comporta la perdita della personalità giuridica*".

lussemburghese, la Polbud²² provvedeva, dunque, al deposito dell'istanza di cancellazione della stessa dal registro polacco²³.

Per poter esaudire la suddetta richiesta, il giudice del registro, attenendosi fedelmente al proprio diritto interno, ai sensi del quale la cancellazione dal registro delle imprese di una società è subordinata al suo scioglimento a seguito di liquidazione²⁴, invitava la società a produrre una serie di documenti contabili e fiscali, nonché la delibera con cui l'assemblea dei soci aveva approvato le operazioni relative alla sua liquidazione²⁵.

Nonostante la replica dei rappresentanti della Polbud, convinti che la produzione di tali documenti non fosse necessaria, in quanto la società non era stata oggetto di scioglimento, né si era proceduto alla ripartizione degli attivi tra i soci, con la precisazione che la domanda di cancellazione dal registro era stata presentata esclusivamente in ragione del trasferimento della sede legale della società in Lussemburgo, ove la stessa continuava ad esistere come società di diritto lussemburghese, il giudice del registro, in mancanza della produzione della documentazione richiesta, respingeva la domanda di cancellazione²⁶.

Avverso il rifiuto di cui sopra, la Polbud decideva, in un primo momento, di proporre ricorso dinanzi sia al tribunale circondariale²⁷ sia a quello regionale²⁸, per poi, alla luce dell'esito negativo di entrambe le azioni, adire la *Sąd Najwyższy*, la Corte Suprema Polacca, ritenendo le precedenti decisioni lesive dei

²² Che, nel frattempo, aveva modificato la propria denominazione in “*Consoil Geotechnik Sàrl*”, società di diritto lussemburghese.

²³ La domanda è stata depositata in data 24 giugno 2013.

²⁴ Art. 272 Codice delle società commerciali della Repubblica di Polonia: “*Lo scioglimento della società avviene dopo il compimento della liquidazione, nel momento della cancellazione della società dal registro*”. C. Fornari, M. Spyra, *Codice delle società commerciali della Repubblica di Polonia*, cit., p. 103.

²⁵ Il tribunale ha, in particolare, richiesto alla società di presentare: 1) la delibera dell'assemblea con indicazione del nome del custode dei libri sociali e dei documenti dell'impresa disciolta; 2) i bilanci per il periodo dal 1° gennaio al 29 settembre 2011, dal 30 settembre al 31 dicembre 2011, dal 1° gennaio al 31 dicembre 2012, e dal 1° gennaio al 28 maggio 2013, sottoscritti dal liquidatore e dal soggetto incaricato della tenuta della contabilità; 3) la delibera dell'assemblea dei soci che approvava il rapporto sulle operazioni di liquidazione.

²⁶ Con decisione del 19 settembre 2012.

²⁷ Il *Sąd Rejonowy* di Bydgoszczy (Polonia).

²⁸ Il *Sąd Okręgowy* di Bydgoszczy (Polonia).

propri diritti, e, specificamente, della propria libertà di stabilimento all'interno dello Spazio giudiziario europeo²⁹.

In tale sede, la ricorrente richiedeva la chiusura del procedimento di liquidazione aperto in Polonia e la conseguente cancellazione dal registro delle imprese di tale Stato, ponendo in evidenza come l'osservanza dei requisiti della procedura di liquidazione previsti dal diritto polacco non poteva ritenersi né necessaria, avendo la Polbud perso lo *status* di società di diritto polacco, a favore di quello lussemburghese, al momento del trasferimento della propria sede, né possibile, laddove la stessa non aveva mai perso la personalità giuridica.

Alla luce delle considerazioni sopraesposte, il giudice *a quo* disponeva, pertanto, un rinvio pregiudiziale, *ex art. 267 TFUE*³⁰, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), al fine di chiarire se, nel caso di specie, il rifiuto da parte delle autorità polacche, di cancellare la società dal registro delle imprese, per la mancata osservanza delle procedure amministrative previste dalla propria legge nazionale, fosse in contrasto o meno con la libertà di stabilimento garantita dal diritto europeo.

Pertanto, la Suprema Corte ha posto tre questioni pregiudiziali alla CGUE.

La prima riguarda la compatibilità con gli artt. 49 e 54 TFUE delle disposizioni di diritto nazionale che “*subordinano la cancellazione dal registro allo scioglimento della società in esito alla messa in liquidazione, qualora la società abbia formato oggetto, in un altro Stato membro, di ricostituzione sulla base di*

²⁹ Il ricorso alla Suprema Corte risale al 24 giugno 2014.

³⁰ Art. 267 TFUE: “§1 La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. §2 Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. §3 Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. §4 Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”. L. Fumagalli, Art. 267, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., pp. 1327 e ss.

una delibera dei soci di continuazione della personalità giuridica acquisita nello Stato di costituzione”³¹.

Quindi, in subordine all’eventuale risposta negativa alla suddetta questione, sono stati posti due ulteriori quesiti: in primo luogo, si chiede se l’obbligo di espletamento della procedura liquidatoria costituisca “*una misura adeguata, necessaria e proporzionata a un interesse pubblico meritevole di tutela, qual è la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori della società migrante*”³²; in secondo luogo, si chiede se gli artt. 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che eventuali restrizioni alla libertà di stabilimento possano concernere società che trasferiscono “*la propria sede sociale [...] senza cambiare la sede dello stabilimento principale che rimane nello Stato di costituzione*”.

4. I principi di diritto espressi dalla CGUE.

Prima di entrare nel merito delle statuizioni formulate dalla Corte, è necessaria una duplice premessa. In primo luogo, va posto in evidenza come, nel caso di specie, la CGUE sia giunta alle proprie conclusioni partendo dal rilievo che la Polbud non avesse alcuna intenzione di trasferire in Lussemburgo la sede effettiva, ma solo quella legale, essendo pacifico e incontestato che il trasferimento di quest’ultima fosse solo, e dichiaratamente, diretto a modificare la *lex societatis*, e non alla delocalizzazione le proprie attività³³. In secondo luogo, merita di essere segnalato che, pur discostandosene parzialmente dal punto di vista dei contenuti³⁴, la CGUE riprende le conclusioni dell’Avvocato

³¹ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 18.(1).

³² Ossia se tale obbligo possa ritenersi conforme ai canoni del test *Gebhard* – Sentenza della Corte del 30 Novembre 1995, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Caso C-55/94, in Raccolta elettronica -. G. Dalla Valentina, *Libertà di stabilimento e restrizioni alle trasformazioni internazionali “in uscita”*: il caso *Polbud*, in *Eurojus*, cit.

³³ N. de Luca, A. Gentile, F. Schiavottiello, *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Le Società*, cit., p. 8.

³⁴ Si veda la successiva nota 38.

generale Kokott³⁵, in particolare per quanto concerne l'ordine dei quesiti posti dal giudice *a quo*, che l'AG ha ribaltato e, di conseguenza, così individuato: se al caso di specie “*trovi applicazione la libertà di stabilimento (terza questione), se sussista una restrizione (prima questione) e se essa possa eventualmente essere giustificata (seconda questione)*”³⁶.

Entrando, pertanto, nel merito della decisione, la Corte risponde al primo dei tre quesiti citati, sancendo che l'intento di trasferire la sola sede legale e - non quella effettiva - rappresenta non soltanto un comportamento legittimo, bensì un vero e proprio diritto garantito dalla libertà di stabilimento.

Tale statuizione della CGUE emerge, in via implicita, dalla confutazione dell'avverso argomento formulato dal governo polacco e da quello austriaco³⁷, secondo cui la libertà di stabilimento è invocabile solo allorché il trasferimento trovi giustificazione nell'esercizio di un'attività economica effettiva mediante l'insediamento in pianta stabile nello Stato membro ospitante³⁸.

Secondo i giudici di Lussemburgo, come la giurisprudenza³⁹ riconosce che la costituzione da parte di una società di una succursale in un Stato membro diverso da quello della sede legale, al fine di esercitarvi la propria attività in via

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott presentate il 4 maggio 2017, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, Causa C-106/16, in Raccolta elettronica.

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 24.

³⁷ Quest'ultimo intervenuto nel procedimento *ex art. 96* Regolamento di procedura della CGUE. Si noti che sia in Polonia sia in Austria vige il criterio della “sede effettiva”.

³⁸ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 30: “[...] *la libertà di stabilimento non può essere invocata quando il trasferimento non è motivato dall'esercizio di un'attività economica effettiva attraverso l'insediamento in pianta stabile nello Stato membro ospitante*”. Tale argomento era stato ripreso anche dall'Avvocato generale Kokott nelle proprie conclusioni, laddove, citando le sentenze della Corte nei casi *Cadbury Schweppes* e *VALE*, aveva sostenuto che le trasformazioni transfrontaliere sono espressione della libertà di stabilimento solo qualora prevedano un insediamento effettivo nello Stato membro ospitante e l'esercizio di un'attività economica reale, giungendo alla conclusione che, solo al verificarsi di tali condizioni, il diritto comunitario riconosce agli operatori economici la libertà di scegliere il luogo in cui svolgere la propria attività, restando purtuttavia impregiudicata “*la facoltà dello Stato membro di cui trattasi di definire sia il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status*” (Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 43).

³⁹ Detto principio emerge dal caso *Centros* (Sentenza *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, cit., par. 17), espressamente richiamato in sentenza.

esclusiva, attraverso il diritto di stabilimento secondario, rientri nella libertà di stabilimento, allo stesso modo a tale libertà deve ricondursi la facoltà dell'operatore economico di trasferire la sede legale da uno Stato membro a un altro, pur mantenendo la sede effettiva nel Paese di origine, “*quand’anche detta società svolga in quest’ultimo l’essenziale, se non il complesso, delle proprie attività economiche*”⁴⁰.

Con ciò la Corte giunge, pertanto, a rispondere al primo quesito affermando che non solo, a prescindere da una valutazione circa la localizzazione spaziale delle attività economiche svolte, l’applicazione degli artt. 49 e 54 TFUE non può essere esclusa a priori nei confronti della società che desideri sottoporsi alla *lex societatis* di un altro Stato membro, ma, al contrario, il trasferimento della sede sociale al solo fine di beneficiare di una legge regolatrice più vantaggiosa non può costituire di per sé abuso del diritto di stabilimento⁴¹.

Dai suddetti principi discende la soluzione delle altre due questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Suprema polacca, che i giudici della CGUE, riprendendo l’*iter* argomentativo dell’Avvocato Generale, hanno espressamente deciso di affrontare congiuntamente⁴².

I giudici affermano, segnatamente, che, nel caso di specie, obbligare una società a portare a termine la procedura di liquidazione prevista dall’ordinamento polacco per consentirne il trasferimento della sede costituisce una palese restrizione alla libertà di stabilimento, laddove gli adempimenti richiesti da tale procedura⁴³, e le relative conseguenze, sono così destabilizzanti e invasivi da

⁴⁰ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 38.

⁴¹ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 40. La Corte ha richiamato, in tal senso, le sentenze relative ai casi *Centros* (Sentenza *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, cit., par. 27) e *Inspire Art* (Sentenza *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contro Inspire Art Ltd.*, cit., par. 96).

⁴² Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 45: “*Con la prima e con la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro che subordina il trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro, verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione in una società retta dal diritto di tale secondo Stato membro, in conformità alle condizioni previste dalla legislazione di quest’ultimo, alla liquidazione della prima società*”.

⁴³ Procedura di liquidazione che prevede adempimenti quali, ad esempio, la conclusione degli affari correnti, la riscossione dei crediti e la realizzazione degli attivi, il soddisfacimento dei

rappresentare un eccessivo ed ingiustificato disincentivo al trasferimento “in uscita” dall’ordinamento polacco⁴⁴.

Secondo la Corte, infatti, le restrizioni di cui sopra sarebbero legittime solo ove giustificate da “ragioni imperative di interesse generale”⁴⁵, debitamente accertate: in assenza di prove circa la sussistenza di un danno ai creditori, ai soci di minoranza o ai dipendenti della società, non si può che ritenere, pertanto, che l’obbligo generale di attuare la procedura di liquidazione si risolva in una “presunzione generale di esistenza di abuso”, idonea a rendere la normativa che lo prevede, nel caso di specie quella polacca, assolutamente sproporzionata, e, dunque, in palese violazione degli articoli 49 e 54 TFUE⁴⁶.

5. Considerazioni a margine della sentenza.

Alla luce dell’analisi svolta, risulta evidente come i principi espressi nel caso in esame rappresentino a tutti gli effetti l’ultimo passaggio del percorso interpretativo avviato dalla CGUE, a partire dalla fine degli anni ’80, allo scopo di chiarire la portata e l’estensione del diritto di stabilimento in ambito comunitario, in considerazione dell’incompletezza della relativa normativa contenuta nei Trattati.

Segnatamente, il caso *Polbud* sembra confermare la precedente giurisprudenza della Corte in materia di libertà di stabilimento⁴⁷, andandone addirittura ad ampliare l’ambito di applicazione.

Nei precedenti casi, infatti, se i giudici di Lussemburgo, da un lato, avevano stabilito che il trasferimento della sede legale è, in linea di principio, ammesso e

creditori o la costituzione di garanzie in loro favore, nonché la presentazione dei relativi bilanci consuntivi.

⁴⁴ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 51: “Alla luce di ciò, si deve considerare che, richiedendo la liquidazione della società, la normativa nazionale di cui al procedimento principale è tale da ostacolare, se non addirittura impedire, la trasformazione transfrontaliera di una società e costituisce, pertanto, una restrizione alla libertà di stabilimento”.

⁴⁵ Giustificazione elaborate dalla stessa CGUE nei casi *Überseering*, *Sevic* e *National Grid Indus* (Sentenza della Corte - grande sezione - del 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV contro Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, in Raccolta elettronica, Causa C-371/10).

⁴⁶ Sentenza *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, cit., par. 64.

⁴⁷ Si vedano le note 14 - 19.

non può essere arbitrariamente ostacolato o impedito dalla legislazione degli Stati membri, dall'altro, non può trascurarsi che tale conversione transnazionale veniva pacificamente subordinata alla sussistenza di un genuino collegamento economico tra la società e lo Stato di destinazione⁴⁸.

E tale tesi "restrittiva" è la stessa, come si è già avuto modo di rilevare⁴⁹, sostenuta dall'AG Kokott, il quale, nelle proprie conclusioni sul caso Polbud, ha indicato come condizione al trasferimento societario la circostanza che la società trasferita costituisse, o almeno avesse l'intenzione di costituire, uno stabilimento effettivo nello Stato di destinazione allo scopo di ivi porre in essere una "*genuine economic activity*"⁵⁰.

La suddetta posizione dell'AG non è stata, invece, accolta dalla CGUE, la quale, al contrario, ha chiarito che, poiché la legge nazionale di uno Stato membro cessa di avere qualsiasi efficacia nel momento in cui una società si converte in una persona giuridica governata dalla legge di un altro Paese europeo, spetta solo allo Stato di destinazione determinare, indipendentemente dalla localizzazione spaziale delle attività economiche svolte, le condizioni necessarie ad attuare la trasformazione, mediante iscrizione nei propri registri delle imprese. Solo in caso di acclarata sussistenza di "*ragioni imperative di interesse generale*", sarebbe possibile per lo Stato d'origine limitare o impedire legittimamente tale trasferimento. Pertanto, una società, già costituita nel rispetto della normativa di uno Stato membro, può di fatto convertirsi in una *letterbox company*, limitandosi a trasferire la propria sede legale in un altro Paese membro al solo, ed espresso, scopo di modificare la *lex societatis*⁵¹.

In ultimo, va segnalato che in dottrina⁵² non manca chi nutre perplessità circa l'idoneità dei principi emersi in Polbud ad essere assimilati al di fuori della

⁴⁸ J. Von Hein, *Freedom of establishment after Polbud: Free transfer of the registered office*, in *Conflict of Laws.net*, cit.

⁴⁹ Si veda la nota 38.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o., cit., par. 67.

⁵¹ J. Von Hein, *Freedom of establishment after Polbud: Free transfer of the registered office*, in *Conflict of Laws.net*, cit.

⁵² Garcimartín, *Change of Lex Societatis: A Quick Comment on the Polbud Case*, in *Oxford Business Law Blog*, cit.; Va segnalato come lo stesso ordinamento italiano potrebbe riscontrare

specifica fattispecie assunta nel caso in esame⁵³, laddove la mancanza di una visione comune all'interno dell'Unione in materia di operazioni transfrontaliere e legge regolatrice ha generato tra i singoli ordinamenti degli Stati membri un'eterogeneità normativa in materia tale da porre in dubbio la possibilità di un'effettiva uniformazione. Ciononostante, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, risulta lecito domandarsi se veramente un intervento legislativo a livello europeo sia ancora necessario, o se piuttosto debba prendersi atto che il percorso intrapreso dai giudici di Lussemburgo, attraverso le proprie decisioni, a partire dal caso *Daily Mail*⁵⁴, ha conclusivamente delineato i principi in materia di trasferimento transfrontaliero di sede, ad integrazione delle disposizioni dei Trattati sulla libertà di stabilimento nell'Unione.

difficoltà in tal senso, laddove in materia di libertà di stabilimento sussistono marcate divergenze dovute sia alla mancanza di prescrizioni precise e vincolanti in merito, sia alla ritrosia del legislatore nel disciplinare tali questioni, poiché particolarmente delicate alla luce dello stretto legame con il più ampio tema del controllo, da parte della sfera pubblica, dei comportamenti “in uscita” delle società aventi sede in Italia. Pertanto, non può trascurarsi il rischio che i principi emersi in *Polbud*, pur relevantissimi, si disperdano nell'attività interpretativa dei giudici italiani e, soprattutto, nella prassi degli ordini notarili e dei conservatori dei registri delle imprese locali, poco propensi ad adattarsi all'evolversi della giurisprudenza comunitaria. G. Dalla Valentina, *Libertà di stabilimento e restrizioni alle trasformazioni internazionali “in uscita”*: il caso *Polbud*, in *Eurojus*, cit.

⁵³ E dunque dello specifico obbligo di attuare una procedura di liquidazione imposto dalla normativa polacca.

⁵⁴ Si veda la nota 14.