

LE LACUNE NELL'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO SOCIETARIO EUROPEO: PROPOSTE E PROBLEMATICHE

Di Anna Mirabile

L'articolo 2 TUE pone i principi di uguaglianza e non discriminazione tra i valori fondanti dell'Unione Europea, mentre l'articolo 3, paragrafo 3, comma 1 TUE prevede, tra gli obiettivi dell'Unione, l'instaurazione del mercato interno e la realizzazione di uno sviluppo sostenibile. Quest'ultimo deve fondarsi su una serie di elementi. In particolare, una crescita economica equilibrata, la stabilità dei prezzi ed un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, al fine di raggiungere un'occupazione piena, un progresso sociale ed infine una maggiore attenzione verso l'ambiente.

Tuttavia, i valori e gli obiettivi enunciati dal Trattato sull'Unione Europea si scontrano con la mancanza di un'armonizzazione del diritto degli affari. A quest'ultima, conseguono il fenomeno di *forum shopping* e quindi l'insorgenza di ostacoli giuridici che non consentono un agevole sviluppo transfrontaliero delle imprese. La questione è stata approfondita dall'Association Henri Capitant, associazione che mira alla promozione, diffusione e modernizzazione del diritto nei Paesi di *civil law*. L'associazione -fondata nel 1935 da un gruppo di giuristi di Paesi francofoni e che oggi si avvale di collaboratori provenienti dal oltre 55 Paesi- svolge da una parte, attività di ricerca e d'altra parte, una funzione consultiva nei confronti del legislatore europeo e dei legislatori nazionali che desiderino avvalersene. Proprio in base al doppio ruolo che la contraddistingue, l'Association Henri Capitant ha dapprima, effettuato uno studio sul diritto europeo dal quale sono emerse lacune nella certezza del diritto societario, delle garanzie, delle esecuzioni, del diritto bancario, del diritto assicurativo, del diritto dei mercati finanziari, della proprietà intellettuale, del diritto sociale e del diritto fiscale. In seguito, a partire dal 2016, l'associazione ha dato inizio all'elaborazione di una proposta di codice unico volta a disciplinare tutta la materia del diritto commerciale e societario europeo, rendendola più fruibile e comprensibile per gli imprenditori, con la finalità di consolidare l'unione economica e monetaria. La proposta dell'associazione prevede una suddivisione del Codice in diversi Libri che disciplinino i diversi aspetti della materia. Attualmente, sono stati pubblicati quattro progetti preliminari: un progetto relativo al diritto dell'insolvenza, un progetto relativo al diritto del mercato, un progetto relativo al diritto bancario e dei mercati finanziari e, infine, un progetto avente l'obiettivo di istituire una società europea semplificata (SES). Ciascuno dei primi tre progetti citati costituirebbe un Libro, mentre il progetto di SES dovrebbe diventare parte integrante di un ulteriore Libro volto a disciplinare le società.

Le quattro proposte preliminari dell'Association Henri Capitant sono già state analizzate dall'Assemblea Parlamentare Franco-Tedesca. Quest'ultima è stata istituita nel 2018 con il fine di adottare misure per migliorare la cooperazione tra Francia e Germania ed ha portato all'approvazione, il 28 giugno 2021, di una risoluzione volta a sostenere lo sviluppo dell'economia dei due Paesi attraverso l'armonizzazione del diritto degli affari e dei fallimenti francese e tedesco.

A tal proposito, appare opportuno sottolineare che un'armonizzazione franco-tedesca del diritto degli affari -seppur vantaggiosa per i due Paesi interessati e per le società sottoposte alle loro normative- potrebbe andare a detrimento delle società registrate negli altri Stati membri, che continuerebbero invece a confrontarsi con le difficoltà attualmente presenti. Il rischio per gli altri Paesi sarebbe dunque quello di assistere inermi ad un incremento del divario già esistente, anziché ad una attenuazione dello stesso. Nel tentare di evitare che una simile situazione si concretizzi, un ruolo essenziale potrebbe essere svolto dall'avvocatura europea. Infatti, come evidenziato dal Prof. Guido Alpa in occasione dello Standing Committee del CCBE -il Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa, di cui fa parte anche il Consiglio Nazionale Forense- che si è tenuto a Roma il 29 marzo 2019, gli avvocati svolgono -e possono svolgere- un ruolo fondamentale nel rafforzamento del progetto europeo.

In particolare, potrebbe rivelarsi utile per le avvocature europee cercare di sfruttare l'attuale Semestre di Presidenza francese del Consiglio dell'Unione Europea per lavorare ad un progetto comune del CCBE, soprattutto in considerazione della posizione europeista recentemente espressa dal Conseil National des Barreaux. L'Ordine francese degli avvocati, infatti, in una risoluzione adottata il 19 novembre 2021, in primo luogo ha preso atto sia dei progetti preliminari dell'Association Henri Capitant, sia della deliberazione dell'Assemblea Parlamentare Franco-Tedesca del 28 giugno scorso. In secondo luogo, ha affermato di riconoscere l'utilità di un Codice Europeo degli Affari come base normativa leggibile ed efficace, che consenta di migliorare gli scambi tra Stati membri ma anche di rendere gli Stati membri più attrattivi per gli investitori provenienti da Paesi terzi. Nella sua deliberazione, il Conseil National des Barreaux ha precisato di vedere favorevolmente la prospettiva di una nuova normativa europea che possa costituire una base comune di lavoro per tutti gli avvocati dell'Unione, che dovrebbero quindi essere coinvolti nel progetto in quanto consulenti delle imprese. Infine, il Conseil National des Barreaux ha fatto un appello al Governo francese affinché inserisca il Codice Europeo degli Affari tra le priorità del Semestre di Presidenza francese del Consiglio dell'Unione Europea. Tenendo conto della situazione potenzialmente favorevole, il Consiglio Nazionale Forense potrebbe prendere una posizione a sostegno di un'iniziativa comune, che funga da impulso per un progetto di lavoro comune del quale potrebbero occuparsi i Comitati competenti nell'ambito del CCBE. Il Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa sarebbe infatti la sede più



opportuna sia per decidere di dare avvio ad un vero e proprio progetto di codice europeo degli affari -ovvero di concentrarsi su alcune tematiche per le quali un'armonizzazione appaia davvero fondamentale-, sia per elaborare un progetto che coinvolga avvocati provenienti da tutti gli Stati membri, esperti in materia e conoscitori delle difficoltà regolarmente incontrate dalle società che intendano svilupparsi a livello transfrontaliero.

Al di là del ruolo e del lavoro svolto dagli avvocati europei, che consente loro di conoscere l'impatto che la mancanza di armonizzazione ha sulle società che essi rappresentano o alle quali forniscono consulenza, le avvocature europee si sono recentemente direttamente scontrate con le lacune del diritto europeo. Nel 2020 era infatti stata prospettata la possibilità di trasferire dall'Olanda all'Italia la sede della European Lawyers Foundation (ELF), fondazione istituita nel 2014 dal CCBE con l'obiettivo di coordinare progetti di formazione in ambito giuridico co-finanziati dall'Unione Europea. Davanti all'ipotesi del trasferimento sono affiorate delle problematiche interpretative frutto della mancanza di certezza del diritto in materia. Le principali questioni emerse sono state due. In primo luogo, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea garantisce -mediante gli articoli 49 e 54- la libertà di stabilimento delle società, lasciando però alla competenza degli Stati membri la normativa relativa alla disciplina e al riconoscimento delle società. In secondo luogo, l'articolo 54, comma 2 TFUE prevede che le disposizioni in materia di libertà di stabilimento non si applichino agli enti senza scopo di lucro. Quest'ultima questione solleva il problema interpretativo di cosa debba intendersi per ente senza scopo di lucro, mentre la prima questione può causare situazioni di incompatibilità ed un trattamento differenziato a seconda degli Stati membri interessati¹. Infatti, specie con riguardo al trasferimento della sede principale di una società, l'insufficienza di risposte a livello europeo ha portato a favorire l'utilizzo, oltre che del diritto privato, del diritto internazionale privato piuttosto che del diritto europeo, incrementando ulteriormente le differenze nel diritto applicabile nei vari Stati membri, poiché non necessariamente vi è una corrispondenza tra le soluzioni adottate dallo stato membro d'origine e quelle adottate dallo Stato membro di accoglienza.

Le difficoltà emerse hanno dato luogo ad una serie di pronunce giurisprudenziali. La Corte di Giustizia, dopo una prima interpretazione restrittiva della libertà di stabilimento prevista dal Trattato e quindi della possibilità per una società di trasferire la propria sede principale in un altro Stato membro (Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Daily Mail*, C-81/87), ha adottato un approccio

¹ Santoro, G. « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2010/3 (t.XXIV), p. 354.

volto a favorire una libertà di stabilimento effettiva (Sentenza della Corte del 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97; Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Überseering*, C-208/00; Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Inspire Art Ltd*, C-167/01; Sentenza della Corte del 16 dicembre 2008, *Cartesio*, C-210/06; Sentenza del 25 ottobre 2017, *Polbud*, C-106/16). Tuttavia, le problematiche emerse non hanno trovato ad oggi una soluzione definitiva. Infatti, se da una parte la Corte ha ormai sostanzialmente chiarito che gli Stati membri non possono ostacolare il trasferimento della sede di una società, d'altra parte ha confermato che la mancanza di armonizzazione in materia consente agli Stati di definire il criterio di collegamento richiesto perché una società possa ritenersi costituita secondo la propria legislazione nazionale. Insufficienti ad appianare le difficoltà sono stati anche gli strumenti di diritto derivato finora adottati, tra cui spiccano il Regolamento 2157/2001, relativo allo statuto della Società europea e la Direttiva 2005/56 sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

Come sopra accennato, la questione del trasferimento transfrontaliero si complica ulteriormente se riguarda associazioni o fondazioni che, come la ELF, non perseguono finalità lucrative. Per risolvere questa *impasse*, attualmente, l'opinione maggioritaria di giurisprudenza e dottrina sembra essere quella di ricomprendere tra le società che perseguono scopo di lucro ai sensi dell'articolo 54, comma 2 TFUE qualunque persona giuridica che partecipi a scambi economici, anche nella semplice prospettiva di trarne un profitto per sé stessa. Sarebbero dunque irrilevanti la forma giuridica, la destinazione dei profitti e lo scopo dell'ente². Solo le attività puramente gratuite sarebbero dunque escluse dal beneficio della libertà di stabilimento³, ma quest'interpretazione non sembra ancora completamente univoca. Un tentativo di disciplinare le fondazioni a livello europeo era stato fatto con la Proposta di regolamento del Consiglio sullo Statuto della Fondazione europea⁴. Tale proposta non aveva però avuto seguito. Un passo avanti potrebbe aversi se la Commissione Europea dovesse decidere di dar seguito alle raccomandazioni elaborate dal Comitato JURI del Parlamento -pubblicate a maggio 2021 e viste con particolare favore dal Consiglio Nazionale Forense- in merito alla necessità di una proposta legislativa su uno Statuto Europeo per le associazioni e gli enti no-profit transfrontalieri. Anche alla luce della difficoltà cui la ELF si è direttamente imbattuta, sarebbe fondamentale una presa di posizione univoca ed una partecipazione attiva del CCBE.

² Navez, E.-J., Goddin, B. « L'évolution du principe de liberté d'établissement dans l'espace européen et ses influences sur le DIP belge des personnes morales », in *Droit des sociétés*, Larcier, 2011, p. 315-316

³ Autenne, A., « Les associations sans but lucratif en quête de mobilité dans l'Union européenne et la liberté communautaire d'établissement : essai de synthèse », *Les Dossiers d'ASBL – Actualités*, 2011/10, p. 101

⁴ [Proposta di REGOLAMENTO DEL CONSIGLIO sullo statuto della fondazione europea \(FE\) /* COM/2012/035 final - 2012/0022 \(APP\) */](#)



Il trasferimento della sede principale di una società, o di un altro ente, costituisce un mero esempio della necessità di un intervento volto a colmare le lacune nell'armonizzazione del diritto europeo, intervento nel quale le avvocature europee possono e devono svolgere un ruolo attivo.