



CURIA MERCATORUM  
CENTRO DI MEDIAZIONE ED ARBITRATO  
Associazione Riconosciuta

## **Lo Statuto della Nuova Società Europea**

Atti del convegno tenuto il 18 ottobre 2002

## Indice

<b>Intervento di saluto</b> Federico Tessari – Presidente della Camera di Commercio di Treviso e di Curia Mercatorum	<b>Pag. 5</b>
<b>Il Mercato unico nell’Unione Europea</b> Prof. Avv. Bruno Barel	<b>Pag. 7</b>
<b>Il diritto societario europeo</b> Prof. Tito Ballarino	<b>Pag. 17</b>
<b>La Società europea: uno strumento utile</b> M.me Françoise Blanquet	<b>Pag. 33</b>
<b>La “Societas Europaeas”</b> Prof. Dott. Giuseppe Alberto Rescio	<b>Pag. 45</b>
<b>Profili della Governance nella società Europea</b> Prof. Avv. Leonardo Brina	<b>Pag. 61</b>
<b>Societas europea e Direttiva sulla partecipazione dei lavoratori alla direzione dell’Impresa</b> Avv. Francesco Ronfini	<b>Pag. 75</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>Pag. 87</b>

## INTERVENTO DI SALUTO

Signori e signore,

ho il piacere di aprire i lavori dell'odierno convegno che tocca temi quanto mai attuali.

L'incontro, infatti, intende approfondire i diversi aspetti collegati alla nascita della Società Europea: avremo modo di sentire dagli addetti ai lavori, che ringrazio sin d'ora della loro partecipazione, *l'iter* che ha portato (l'8 ottobre 2001) all'approvazione da parte del Consiglio Europeo del Regolamento sullo statuto della società europea che definisce le procedure per la costituzione, la gestione e la trasformazione della società, e la seguente direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori alla vita della società che disciplina le strutture e i meccanismi con cui devono avvenire le negoziazioni a livello transnazionale tra datore di lavoro e lavoratori.

Il diritto societario vede una stagione di importanti rivolgimenti normativi, non solo in ambito europeo, ma anche nazionale: dovrebbero infatti vedere la luce nel 2003 due decreti legislativi ove, nel primo, vengono ampiamente riscritte parti del codice civile dedicate alle società, nel secondo sono state definite norme per la composizione delle controversie in materia societaria e finanziaria, con ampio spazio a formule di conciliazione e arbitrato per snellire le decisioni sulle liti stesse.

Ciò è importante, in particolar modo, per la Camera di Commercio di Treviso che, attraverso Curia Mercatorum, ha sempre creduto nell'utilizzo di Tecniche ADR, in particolare mediazione e arbitrato, per risolvere i conflitti, anche in materia societaria.

Ma tornando al tema odierno auguro ai partecipanti buon lavoro, ringrazio i relatori e passo la parola al professor Bruno Barel per il primo intervento programmato.

Federico Tessari  
*Presidente della Camera di Commercio di Treviso e  
di Curia Mercatorum*



## **Il Mercato unico nell'Unione Europea**

Prof. Avv. Bruno Barel

*Docente di Diritto dell'Unione Europea nelle Università di Padova e Venezia*

*Avvocato in Treviso*

*Presidente della Commissione Contratti di Curia Mercatorum*

### **1.- I due nuovi atti normativi comunitari in materia societaria**

L'8 ottobre 2001 il Consiglio dell'Unione europea ha approvato il regolamento (CE) n. 2157/2001 relativo allo statuto della società europea (SE). E' stato pubblicato nella G.U.C.E. del 10 novembre 2001, n. L 294 ed entrerà in vigore l'8 ottobre 2004.

Contemporaneamente, il Consiglio ha emanato la direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. E' stata pubblicata nella medesima G.U.C.E. e gli Stati membri dovranno conformarvisi, eventualmente anche mediante accordo fra le parti sociali, entro l'8 ottobre 2004.

La coincidenza temporale fra i due atti normativi comunitari non è casuale ed evidenzia la loro sostanziale complementarietà: sono stati proprio i dissensi politici fra i Paesi comunitari sul ruolo da riconoscere alla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese in un nuovo modello societario comunitario ad ostacolare per lungo tempo le iniziative comunitarie su questo tema. Risale addirittura al 1970 la prima proposta di regolamento relativo allo statuto della società europea, reiterata nel 1975 ed ancora, con modifiche, nel 1989 e nel 1991.

L'utilizzazione di due distinti strumenti giuridici, differenti tra loro per natura ed efficacia ma complementari e coordinati anche sul piano temporale, rappresenta una soluzione di compromesso, volta a conciliare la sensibilità di quei Paesi che considerano il coinvolgimento dei lavoratori nel processo decisionale come parte essenziale del loro modello societario con quella dei Paesi che adottano invece differenti modelli. Il ricorso alla direttiva consente di tenere conto della varietà delle normative e prassi esistenti negli Stati membri, lasciando a ciascuno di essi un margine di flessibilità nella scelta delle modalità con cui adattare il diritto interno ai principi ed alle regole di fondo comuni, ciò anche in rapporto al diverso ruolo riconosciuto alle parti sociali ed alle intese con loro o tra loro.

La necessità, propria della direttiva, di fissare un ragionevole termine per l'attuazione da parte dei destinatari ha così comportato anche il differimento del termine di entrata in vigore del regolamento. Questa tecnica era inusuale fino a qualche anno fa ma sta diventando frequente, in considerazione della sempre maggiore incidenza del diritto uniforme comunitario nel diritto interno degli Stati membri e quindi in funzione dell'esigenza di lasciare a questi ultimi il tempo necessario perché l'ordinamento interno metabolizzi le nuove regole, destinate ad

interagire con le regole nazionali. Ne hanno fatto uso di recente anche i regolamenti in materia di giustizia civile, adottati dal 2000 in poi sulla base dell'art. 65 TCE, nel testo introdotto dal Trattato di Amsterdam.

## **2.- La SE come nuovo modello societario che si aggiunge a quelli nazionali**

La società europea (SE), così come delineata dal regolamento e dalla direttiva, rappresenta un tipo societario nuovo per la gestione dell'impresa rispetto a quelli già previsti dagli ordinamenti nazionali dei Paesi comunitari.

E' un modello concepito come naturalmente transnazionale, sia perché finalizzato ad agevolare l'attività d'impresa su scala comunitaria sia perché fondato su un nucleo minimo di regole uniformi direttamente applicabili in tutti i Paesi comunitari, superando così almeno in parte gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione.

Va subito precisato che la disciplina dettata dalle norme comunitarie per la SE si limita ad alcuni profili, essenzialmente la costituzione ed il funzionamento, mentre per altri si rinvia alla legislazione sulle società per azioni del Paese della sede effettiva.

I primi commentatori dissentono sul punto se il nuovo modello di società europea costituisca lo strumento ottimale per le imprese che operano oltre i confini nazionali, tanto da dissuaderle dal ricorrere agli usuali modelli previsti dal diritto interno dell'uno o dell'altro Paese comunitario.

Si sono indicati tra i vantaggi:

- la facoltà di scegliere tra due modelli organizzativi (monista e dualista), che non è attualmente ammessa da tutti gli ordinamenti nazionali;
- la facoltà di trasferire la sede sociale in un altro Stato comunitario senza che ciò determini scioglimento o costituzione di una nuova persona giuridica;
- il superamento delle difficoltà pratiche nel caso di fusioni transfrontaliere;
- la possibilità di armonizzare le regole fondamentali di organizzazione e funzionamento di filiali sparse in più Paesi e altrimenti soggette ciascuna alla legge del Paese di localizzazione.

Tra i limiti:

- i frequenti rinvii alle legislazioni degli Stati membri e quindi il permanere di incertezze legate all'applicabilità dell'una o dell'altra disciplina nazionale;

- l'assenza di disciplina per le questioni attinenti al diritto tributario e fallimentare e per quelle attinenti allo scioglimento e alla liquidazione, della società europea, alla cessazione dei pagamenti e analoghe procedure;
- l'assenza di incentivi di carattere organizzativo o fiscale.

### **3.- I fondamenti dell'azione comunitaria nel settore del diritto societario: mercato interno e libertà di stabilimento**

L'azione comunitaria sul terreno del diritto societario trova fondamento nell'obiettivo della realizzazione del mercato comune - poi definito "unico" ed infine "mercato interno" - caratterizzato dalla eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali fra gli Stati membri.

Anche le società godono della libera circolazione delle persone, in particolare della libertà di stabilimento in Paesi differenti da quello di origine, alle stesse condizioni definite dalla legislazione del Paese ospitante nei confronti delle società locali (artt. 43-48, ex 52-58 TCE). Ne beneficiano tutte 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 della Comunità.

Si distingue tra

- diritto di stabilimento primario o principale, che per le società consiste nella possibilità di trasferire la sede sociale in uno Stato diverso da quello d'origine, e
- diritto di stabilimento secondario, per cui le società possono costituire agenzie, succursali, filiali e altre strutture stabili in Stati differenti da quello della sede.

Nel perseguimento di questo obiettivo, l'azione comunitaria dagli anni Sessanta ad oggi ha cercato di rimuovere i vari tipi di ostacoli al pieno ed effettivo esercizio della libertà di stabilimento.

### **4.- Gli ostacoli alla libertà di stabilimento: a) autonomia e divergenze delle legislazioni nazionali sul reciproco riconoscimento delle società**

Gli ostacoli dipendono essenzialmente dalla stessa diversità delle legislazioni nazionali in materia societaria, oltre che naturalmente dal contenuto di alcune norme interne.

Il primo ostacolo alla libertà di stabilimento consiste nella negazione stessa del riconoscimento dell'esistenza di una società che intenda stabilirsi in un altro Paese:

questa libertà postula infatti il reciproco riconoscimento delle società che siano considerate esistenti in base alla legislazione di uno Stato membro.

In questa direzione l'iniziativa comunitaria ha incontrato ostacoli rivelatisi fino ad oggi insuperabili.

La ragione di fondo è che, in assenza di una disciplina comunitaria uniforme e quindi di un consenso politico generale sui suoi contenuti, spetta alle legislazioni nazionali di designare la legge applicabile alla vita delle società, e quindi di delimitare l'ambito di applicazione del diritto societario nazionale.

Perdurano in proposito radicali divergenze, tra i Paesi membri, sui criteri di determinazione della legge applicabile alle società, anzitutto alla loro costituzione e quindi esistenza giuridica, che deve essere per alcuni quella del luogo di costituzione e per altri invece quella del luogo della sede effettiva. L'Italia, dal canto suo, ha recentemente colmato la lacuna normativa esistente sul punto, con una scelta di compromesso che privilegia la legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione, salvo però che non si trovi in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale perché in questo caso trova applicazione invece la legge italiana (art. 25 della legge n. 218 del 1995).

Tale divergenza induce gli Stati ospitanti che seguono il principio della legge del Paese di costituzione ad adottare, nei confronti delle cosiddette *pseudo foreign corporations*, costituite all'estero ma aventi sede effettiva nel Paese ospitante, norme restrittive per evitare l'elusione di disposizioni imperative del diritto interno. Analogo atteggiamento restrittivo finiscono però con l'assumere anche gli Stati che assoggettano le società alla legge del Paese nel quale hanno la sede effettiva, in quanto tendono a mettere in discussione la validità della stessa costituzione, e quindi l'esistenza e operatività, di società aventi sede nel loro territorio ma costituite in un altro Stato secondo la legge locale.

L'azione comunitaria, in assenza di specifica base giuridica se non quella dell'art. 293 (ex art. 220) TCE, si è dovuta limitare all'elaborazione di un'apposita convenzione internazionale, soggetta a ratifica da parte degli Stati membri: ma la Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, non è mai entrata in vigore, per la mancata ratifica da parte dell'Olanda.

## **5.- Segue: b) autonomia delle legislazioni nazionali nella disciplina del trasferimento delle società in altri Stati membri**

La competenza normativa degli Stati membri in materia di diritto societario può ostacolare il pieno ed effettivo esercizio del diritto di stabilimento, oltre che sotto il profilo già indicato, anche attraverso le scelte relative alla regolamentazione del trasferimento della sede o amministrazione sociale in altri Stati.

Si è ritenuto così che, in assenza di una regolamentazione comunitaria, lo Stato della sede possa sottoporre a condizioni il trasferimento di sede legale o amministrazione centrale in altri Paesi (v. CGCE, sentenza 27 settembre 1988, in causa n. 81/87, Daily Mail).

#### **6.- Segue: c) disparità di trattamento nel diritto interno tra società locali e società stabilite**

Numerose disposizioni e prassi nazionali comportano, direttamente o indirettamente, delle discriminazioni fra società locali e società che operino nel Paese ospitante nell'esercizio della libertà di stabilimento.

Su questo versante, l'azione comunitaria, fondata sul principio comunitario che vieta in linea generale le discriminazioni, è stata particolarmente incisiva, soprattutto da parte della Corte di Giustizia che – chiamata a pronunciarsi qualche volta in sede di giudizio di infrazione promosso dalla Commissione ma più spesso in sede di giudizio pregiudiziale di interpretazione su rinvio da parte dei giudici nazionali – ha dato vita ad una ricca e coerente giurisprudenza, consentendo di condannare pratiche discriminatorie poste in essere dagli Stati membri, qualche volta direttamente ma per lo più indirettamente.

Eccone qualche esempio:

- una legge spagnola che consentiva il rilascio di autorizzazioni per l'esercizio di attività d'impresa solo a società finanziarie costituite in Spagna e con uno staff di nazionalità spagnola (CGCE, sentenza 29 ottobre 1988, in causa C-114/97, Commissione c. Spagna);
- una disciplina nazionale che non permetteva ai dipendenti di una società di godere dello schema di sicurezza sociale dello Stato della sede secondaria (CGCE, sentenza 10 luglio 1986, in causa C-79/85, Segers);
- l'imposizione alle sedi secondarie di requisiti contabili eccessivamente restrittivi rispetto a quelli prescritti alle società costituite nello Stato ospitante (CGCE, sentenza 15 maggio 1997, in causa C-250/95, Singer);
- il rifiuto di registrare filiali di società aventi sede principale in Stati con regole meno restrittive sul versamento del capitale sociale (CGCE, sentenza 9 marzo 1999, in causa C-212/97, Centros);
- l'obbligo di residenza imposto ai managers e allo staff di sedi secondarie di società finanziarie aventi sede principale in altri Stati membri (CGCE, sentenza 9 marzo 2000, in causa C-355/88, Commissione c. Belgio);
- l'esclusione di una sede secondaria permanente dal godimento di benefici fiscali concessi alle società costituite nel Paese ospitante (CGCE 21 settembre

1999, in causa C 307/97, Saint Gobain; CGCE 29 aprile 1999, in causa C-311/97, Royal Bank of Scotland).

## **7.- Segue: difformità del diritto societario degli Stati membri e direttive di armonizzazione**

Le sensibili differenze fra le legislazioni nazionali costituiscono esse stesse un grave ostacolo all'effettiva libertà di stabilimento delle imprese e quindi alla piena realizzazione per questo aspetto di un unico mercato assimilabile ad un mercato interno. Possono infatti diventare fattore di concorrenza fra ordinamenti, per l'incidenza dei contenuti del diritto interno sulla formazione delle scelte degli operatori economici circa la localizzazione delle società.

Fin dagli anni Sessanta è stato perciò avviato un programma d'azione della Comunità volto alla graduale soppressione delle restrizioni al diritto di stabilimento mediante l'armonizzazione del diritto societario dei Paesi membri a mezzo di direttive – ciascuna limitata a profili particolari – anzitutto col fine di rafforzare le garanzie relative al rapporto fra società e terzi.

Le direttive di armonizzazione – cc. dd. “direttive società” - sono state emanate sulla base giuridica costituita dall'art. 44, comma 2, lettera g) TCE che, nel contesto del principio della libertà di iniziativa economica a favore delle società affermato all'art. 48 TCE, esprime l'esigenza di misure di coordinamento al fine di rendere equivalenti le garanzie richieste negli Stati membri alle società, per proteggere gli interessi tanto dei soci come dei terzi. Analogamente è avvenuto per le direttive di armonizzazione di settore, relative a “mercati mobiliari”, “assicurazioni”, “banche” e alla materia fiscale.

Altre norme del trattato si occupano di società solo indirettamente: l'art. 3, lett. h) secondo cui l'azione della Comunità comporta “il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune”; gli artt. 94-97 (ex 100-102) secondo i quali il Consiglio “stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune”, promuove accordi o stabilisce direttive per eliminare le distorsioni della concorrenza determinate da disparità esistenti nelle disposizioni degli Stati membri; l'art. 293 (ex 220) che prevede la negoziazione di convenzioni tra gli Stati membri diretta a garantire ai loro cittadini, fra l'altro, “il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48” (ex art. 58) e “il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse”; l'art. 308 (ex 235), sulla base del quale è stata fondata la teoria dei poteri impliciti della Comunità, che consente l'assunzione da parte del

Consiglio all'unanimità di poteri d'azione non espressamente previsti ma necessari per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità.

Dal 1968 in avanti sono state predisposte numerose proposte di direttiva, delle quali una parte è stata poi adottata dal Consiglio:

- la I Direttiva n. 68/151/CEE del 9 marzo 1968, per la protezione degli interessi dei soci e dei terzi (pubblicità legale, poteri di rappresentanza, nullità della società di capitali);
- la II Direttiva n. 77/91/CEE del 13 dicembre 1976, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni nonché per la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale (modificata dalla direttiva n. 92/101/CEE del 23 novembre 1992);
- la III Direttiva n. 78/855/CEE del 9 ottobre 1978, sulle fusioni delle società per azioni e alcune operazioni assimilate;
- la IV Direttiva n. 78/660/CEE del 25 luglio 1978, sui conti annuali e i conti consolidati delle società di capitali, per la tutela degli interessi dei soci e dei terzi ad un'adeguata informazione finanziaria (modificata dalle direttive nn. 90/604/CEE e 90/605/CEE dell'8 novembre 1990);
- la IV Direttiva bis n. 86/635/CEE per banche e organismi finanziari;
- le proposte (del 9 ottobre 1972, 19 agosto 1983, 20 novembre 1991) di V Direttiva, sulla struttura delle società per azioni e la partecipazione dei lavoratori al controllo della gestione sociale, che non hanno avuto seguito;
- la VI Direttiva n. 82/891/CEE del 17 dicembre 1982, sulle scissioni delle società per azioni;
- la VII Direttiva n. 83/349/CEE del 13 giugno 1983, sui conti consolidati (modificata dalle stesse direttive che hanno modificato la IV);
- l'VIII Direttiva n. 84/253/CEE del 10 aprile 1984, sull'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei libri contabili;
- la proposta di IX Direttiva, sulla disciplina dei gruppi, che non ha avuto seguito;
- la proposta (14 gennaio 1985) di X Direttiva, sulle fusioni transfrontaliere delle società per azioni, che non ha avuto seguito;
- la XI Direttiva n. 89/666/CEE del 21 dicembre 1989 sulla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato;
- la XII Direttiva n. 89/667/CEE del 21 dicembre 1989, sulle società a responsabilità limitata con unico socio, che si inseriva nel programma del Consiglio per le PMI (risoluzione del 3 novembre 1986, in GUCE n. C 287 del 14 novembre 1986);
- la proposta (19 gennaio 1989, modificata nel 1996) di XIII Direttiva, sulle OPA di titoli quotati, che non ha avuto seguito;

- la recente proposta di XIV Direttiva (doc. XV/D2/6002/97-EN REV.2) sul trasferimento della sede legale di una società da uno Stato membro ad un altro, con modifica della legge applicabile ma senza restrizioni da parte dello Stato d'origine e senza che ciò comporti fallimento o scioglimento e costituzione di una nuova persona giuridica.

Il modello di società disegnato da queste direttive, con le ulteriori articolazioni rimesse al diritto interno di ciascuno Stato membro, risponde ad alcune evidenti esigenze di tutela: dell'autonomia patrimoniale delle società, dell'integrità del capitale sociale, dell'informazione e dell'affidamento sulla validità degli atti sociali. L'attenzione cade dunque prevalentemente sulle garanzie relativamente al rapporto fra società e terzi. Restano invece gravi lacune sul versante dell'organizzazione interna delle società, sui rapporti tra soci ed amministratori e sulla connotazione dell'interesse sociale, come pure su quello degli assetti proprietari per l'assenza di una disciplina armonizzata per le OPA e i gruppi.

## **8.- Perché un nuovo modello societario europeo? La base giuridica dei nuovi atti comunitari**

I nuovi atti comunitari segnano un salto di qualità nell'azione comunitaria.

Lo rende evidente la loro stessa base giuridica, che non è più quella propria delle direttive di armonizzazione del diritto nazionale (art. 44, ex 54 TCE) bensì è ora rappresentata dall'art. 308 (ex 235) TCE, che riconosce al Consiglio, all'unanimità e su proposta della Commissione, il potere di adottare le disposizioni ritenute necessarie per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, quando il trattato non abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti. E' la stessa base giuridica utilizzata per l'istituzione di un brevetto europeo e comunitario, del GEIE e per i lavori diretti alla istituzione anche dell'associazione, della società cooperativa e della mutua europee.

In effetti, dai "considerando" del regolamento emerge con chiarezza che l'obiettivo non è più soltanto quello di concorrere alla realizzazione del mercato interno con l'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento ma, ben più ampiamente, del "miglioramento della situazione economica e sociale in tutta la Comunità" anche mediante la "ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle della Comunità" [considerando (1)]: "occorre far corrispondere il più possibile l'unità economica e l'unità giuridica dell'impresa nella Comunità" [considerando (6)]; "il contesto giuridico entro il quale le imprese debbono operare nella Comunità rimane principalmente basato sulle normative nazionali, e pertanto non corrisponde più al contesto economico nel cui ambito devono svilupparsi per permettere la realizzazione degli obiettivi del trattato" [considerando (4)].

Il salto di qualità consiste dunque nell'apertura di un nuovo fronte, rispetto a quello tradizionale delle direttive di armonizzazione, nel quale la Comunità assume, in funzione di obiettivi generalissimi, nuovi poteri d'azione non espressamente previsti, con i quali tende a creare - ricorrendo allo strumento comunitario più incisivo, dotato dei caratteri della diretta ed immediata applicabilità e della prevalenza sul diritto interno - un nuovo diritto societario europeo adeguato al mercato interno.

Questa scelta appare in linea con i più recenti sviluppi del processo evolutivo dell'Unione europea, determinati dall'entrata in vigore - il 1° maggio 1999 - del Trattato di Amsterdam, e concorre essa stessa ad alimentarlo.

Col Trattato di Amsterdam si è aggiunto agli obiettivi dell'Unione, fra l'altro, quello di "conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima" (art. 2).

Le disposizioni inserite nel nuovo Titolo IV del Trattato CE (artt. 61-69) prevedono l'adozione di specifiche "misure" comunitarie allo scopo di istituire progressivamente uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", che si estendono anche alla cooperazione giudiziaria in materia civile e in materia penale, oltre che alla cooperazione di polizia e amministrativa. Le istituzioni comunitarie hanno immediatamente adottato molte misure, in forma di regolamenti, ed altre ne stanno preparando: esse poggiano su un'interpretazione assai ampia dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", tanto da giustificare il ricorso a norme comunitarie sostitutive di norme nazionali o anche di convenzioni internazionali in vigore, in settori importanti del diritto civile, del diritto processuale civile, del diritto internazionale privato, al punto che è aperto il dibattito sull'opportunità di pensare ad un codice civile europeo.

La nuova stagione dell'Europa unita apre dunque nuovi scenari: accanto all'armonizzazione delle legislazioni nazionali per direttive, si tende ora alla creazione di un diritto uniforme; nel caso del diritto societario, questo diritto uniforme, anziché sostituirsi a settori del diritto nazionale, gli si aggiunge in guisa di diritto speciale per la società europea.

E' un processo di ampio respiro: si è avviato tra rallentamenti ed accelerazioni, e si sviluppa non senza ambiguità e compromessi, dovendo spesso - come nel caso del regolamento n. 2157/2001 - far convivere norme comunitarie uniformi e regole nazionali diversificate, ma la strada è tracciata e lo spazio giuridico europeo rappresenta ormai il fondamento e la cornice delle azioni che seguiranno.



## **Il diritto societario europeo**

Prof. Tito Ballarino

*Ordinario di Diritto Internazionale e Diritto Privato delle Comunità europee nell'Università di Padova*

### **1. Le grandi linee di sviluppo**

Riferita all'essenza giuridica del fenomeno societario, l'opera della Comunità europea si caratterizza per il perseguimento di tre obiettivi:

- l'**armonizzazione** del diritto societario;
- l'attuazione del **diritto di stabilimento**;
- il perseguimento della **mobilità delle società**.

### **2. L'armonizzazione del diritto delle società**

Falliti, come vedremo, i tentativi radicali di creare una vera e completa "fungibilità" tra società del mercato comune (incluso in esso lo spostamento di sede) la Comunità si è dedicata con un certo impegno all'armonizzazione del diritto interno.

Questo metodo – sia detto incidentalmente – è assai più facile nel diritto delle società che in altri settori della legislazione sul commercio (si pensi ad es. al fallimento) a causa sia dell'origine relativamente recente delle normative societarie, sia del manifestarsi in esse di esigenze comuni che hanno portato a soluzioni pressoché identiche anche dal punto di vista istituzionale (tutte le società hanno un'assemblea, un organo di gestione, uno di controllo). L'armonizzazione è potuta partire senza dover tentare il ravvicinamento del diritto delle obbligazioni o dei diritti reali. Si aggiunga che è anche possibile, senza incorrere in soluzioni arbitrarie, separare il diritto societario dal diritto tributario, da quello del lavoro, della concorrenza etc. per avviarne l'unificazione in modo autonomo

La Commissione, fino ad oggi, ha elaborato 12 **direttive** approvate dal Consiglio. Non tutte sono state puntualmente attuate; anzi, poche di esse hanno incontrato il consenso di tutti o quasi gli Stati membri (inclusi i nuovi). Bisogna aggiungere che nel campo societario la CE ha sfoderato anche degli strumenti nuovi, come il regolamento (per creare il GEIE e, da ultimo e dopo parecchie esitazioni, per dar forma all'idea di una società per azioni europea).

Nel suo programma di studi per l'armonizzazione, la Commissione CE ha seguito un ordine cronologico che parte dalla costituzione delle società ed arriva alla fusione, occupandosi in modo particolare di tutte le misure di pubblicità concernenti i soci ed i terzi. Ha cercato di coordinare il contenuto di queste misure di pubblicità, ed ha cercato di prevedere meccanismi interni di protezione dei soci, misure di protezione del capitale e norme relative sia ai conferimenti sia alla distribuzione degli utili. Gli interventi del legislatore comunitario hanno toccato quasi esclusivamente le società di capitali, trascurando – forse perché ritenute meno interessante dal punto di vista della realizzazione di un mercato comune – le società di persone.

Generalmente, le direttive pongono delle *esigenze minime* alla legislazione degli Stati membri per quanto riguarda la protezione dei terzi e dei soci: gli Stati membri possono adottare (o conservare) delle regole più severe. Si aggiungano gli effetti dell'inevitabile tendenza a rispettare le leggi degli Stati membri: valga ad esempio la sesta direttiva (17 dicembre 1982) relativa alle scissioni, il cui quinto *considerando* enuncia che “la tutela degli interessi dei soci e dei terzi richiede un coordinamento delle legislazioni degli Stati membri riguardanti le scissioni di società per azioni, *nella misura in cui gli Stati membri autorizzano tale operazione*”. In certi casi, la rilevanza delle disposizioni nazionali è necessitata: valga ad esempio la fusione internazionale (dove peraltro si è proceduto con una certa avvedutezza, presentando la fusione internazionale come un complemento di quella interna).

Sempre per assicurare il rispetto della legislazione degli Stati membri, spesso viene usato il sistema delle opzioni: agli Stati membri è data la facoltà di scegliere tra due o più sistemi, purché conducano al risultato richiesto. Rari, nel complesso, sono i casi in cui viene perseguita una soluzione realmente uniforme: uno è dato dalla disciplina della nullità delle società prevista dalla seconda direttiva (si veda il caso *Marleasing*<sup>1</sup>). Certe volte, invece, l'opzione ha un carattere talmente radicale che l'armonizzazione ne risulta pregiudicata.

Si potrebbe dire che in fondo quest'opera di codificazione del diritto societario europeo intrapresa dalla Commissione oscilla tra un obiettivo massimo ed un obiettivo minimo. L'**obiettivo massimo** è la radicale eliminazione dei rischi che potrebbero derivare da una completa ed improvvisa attuazione della libertà di stabilimento. Il pericolo maggiormente temuto è la concentrazione delle imprese comunitarie in taluni paesi o in talune aree che potrebbe essere provocata dal desiderio di sfruttare una legislazione “di comodo” ivi esistente (il modello negativo che viene evocato è quello degli USA, con la grande concentrazione di società che si riscontra nel Delaware o nel New Jersey). Un fenomeno del genere

---

<sup>1</sup> BALLARINO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*. 6a ediz. Padova (Cedam) 2001, p. 113

non verrebbe tollerato dai membri della CE, i quali sono ancora ben lungi dall'essersi "fusi" in una struttura federale e conservano tutta intera la loro sovranità.

L'**obiettivo minimo** è invece la trasparenza della gestione societaria realizzata attraverso un costante miglioramento delle garanzie dei soci e dei terzi (tra le due posizioni non vi è contraddizione perché i soci da tutelare sono quelli di minoranza). Aggiungendo alle direttive in materia societaria le altre relative alla borsa ed ai valori mobiliari si ha comunque un complesso normativo al quale ben si può riconoscere una finalità di tutela di interessi pubblicistici.

Non sono state approvate dal Consiglio la quinta direttiva sulla struttura della società per azioni, che dovrebbe fissare delle regole uniformi in materia di composizione degli organi di questo tipo di società e di poteri ad essi attribuiti, la nona direttiva, concernente la disciplina dei gruppi d'impresе, e la decima, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società per azioni.

Per quanto riguarda la direttiva sulla struttura delle società per azioni, la relativa proposta, presentata al Consiglio il 9 ottobre 1972 ha incontrato numerose critiche che hanno condotto ad una proposta riveduta del 19 agosto 1983 (GUCE, n. C 240 del 5 settembre) ben lungi ancora dall'essere accettata.

Motivo di disaccordo sono tanto la struttura delle società per azioni quanto la questione della partecipazione dei lavoratori agli organi della società.

Per quanto riguarda la struttura delle società per azioni, la Commissione in un primo momento ha cercato di rendere obbligatorio il sistema "dualistico" tipico del diritto tedesco fondato sulla distinzione tra l'organo di direzione (*Vorstand*), incaricato della gestione della società, e l'organo di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) il cui compito è limitato alla sorveglianza. Nel secondo progetto, la Commissione, partendo dal rilievo che anche nei paesi che prevedono un solo organo di amministrazione spesso viene a crearsi una distinzione di fatto tra membri incaricati della gestione e membri il cui ruolo si limita alla sorveglianza, ha previsto il mantenimento dei sistemi monisti a condizione che assumano caratteristiche tali da armonizzare il loro funzionamento con quello del sistema dualistico. In pratica è stato introdotto un dualismo tra "sub-organi": da una parte i membri dirigenti e dall'altra i membri non dirigenti dell'organo di direzione.

Non tutti gli Stati appaiono disposti ad accettare questa ristrutturazione degli organi sociali. Tra questi figura l'Italia. La nascita di un organo di vigilanza all'interno dell'organo amministrativo comporterebbe, nel nostro paese, la scomparsa del collegio sindacale ed una notevole riduzione di ruolo dell'organo assembleare (caratteristica, quest'ultima, che s'iscrive nella tendenza più moderna del diritto societario a scindere completamente la proprietà e la gestione nelle società per azioni). Nel nostro paese, poi, la riforma inciderebbe su di un numero cospicuo di società, data la frequenza con cui in Italia si ricorre alla forma della società per azioni anche per imprese di piccole dimensioni (è stato calcolato che in Italia oggi

operano circa 60.000 società per azioni, mentre in Germania sono poco più di 2.000). Né si potrebbe attuare la riforma al livello della società a responsabilità limitata dal momento che nel nostro codice – almeno fino ad oggi – questa società è regolata mediante il richiamo della disciplina della società per azioni. Ancor più vivamente più dibattuta è la questione della partecipazione dei lavoratori all'organo di sorveglianza. Il carattere di questa esposizione dispensa da ulteriori analisi.

### 3. Il diritto di stabilimento

La libertà di stabilimento, una delle quattro libertà che costituiscono l'essenza del mercato comune – ad essa si aggiungono la regolamentazione della concorrenza intesa come norme *antitrust* e divieto degli aiuti di Stato – implica secondo l'art. 43 (già 52) “la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società”. Tra le restrizioni alla libertà di stabilimento da sopprimere ancora durante il periodo transitorio figurano quelle “relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali”. Lo stesso articolo 43 contiene poi un riferimento all'art. 48 (già 58), che costituisce la disposizione fondamentale del Trattato di Roma in tema di società.

*Art. 48. – Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità, 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.*

L'inserimento di questa disposizione nel Trattato è dovuta alle difficoltà che incontrò in passato la pratica dello stabilimento di società straniera per il timore che potessero creare una situazione di soggezione al capitale straniero e turbamenti nella fiducia pubblica operando senza fornire adeguate garanzie.

Abbiamo dunque due norme rilevanti, in tema di società: in quella dell'art. 43, le società vengono in considerazione come oggetto di un'attività economica piuttosto che come entità giuridiche in senso proprio, mentre nell'art. 48 è prevista la loro equiparazione alle persone fisiche ai fini dell'esercizio delle attività da liberalizzare (vi sono poi altre disposizioni di cui parleremo).

Né l'una né l'altra norma risolvono comunque il problema cruciale della legge regolatrice della società (o, come suol dirsi, dello “statuto personale” di essa): la determinazione, cioè, della legge che stabilisce il tipo della società, i poteri degli organi etc. Come dimostra il fatto che fa uso di più “criteri di collegamento” – sede sociale, amministrazione centrale, centro di attività principale delle società “costituite

*conformemente alla legislazione di uno Stato membro*” – l’art. 48 dà questo problema per risolto e solo si preoccupa di facilitare l’**attività d’impresa** delle società collegate in vario modo con l’ordinamento degli Stati della Comunità (l’art. 43 sta in un certo senso a monte perché riguarda il momento della costituzione delle società).

Si tratta comunque di una questione per specialisti che in questa sede non deve essere esaminata (salvo quanto diremo in seguito).

Non sembra neppure – come dimostra l’inserimento nell’art. 293 (*già 220*) della particolare disposizione di cui parleremo – che gli articoli *ex* 52 e 58 volessero garantire il **riconoscimento** delle società di uno degli Stati membri da parte degli altri. Formulate quando il principio dell’effetto diretto doveva ancora essere “inventato”, esse (lo stesso si può dire per le disposizioni dell’*ex* art. 44, n. 2, lett. *f* e *g*) volevano soltanto specificare il principio di non discriminazione del Trattato.

Del principio di non discriminazione è comunque nato, senza alcuno sforzo, quello del riconoscimento degli enti giuridici costituiti secondo la legge di uno Stato membro: valga, per tutti, il campo della prestazione dei servizi<sup>2</sup>.

#### **4. Lo stabilimento secondario**

Il diritto di stabilimento può essere attuato anche mediante la creazione di **sedì secondarie** della società. Il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità vale anche a questo effetto.

Si veda CGCE 28-I-1986, causa 270/83 in *Raccolta*, p. 273 in cui la Francia viene condannata perché non aveva esteso alle succursali ed alle agenzie francesi delle società assicuratrici di altri Stati membri il credito d’imposta (*avoir fiscal*) di cui godevano le corrispondenti imprese francesi.

In base all’art. 43 il diritto di stabilimento secondario si esercita mediante l’apertura di agenzie, succursali o filiali. Questa elencazione è stata tuttavia ampliata dalla Corte (4-XII-1986, causa 205/84, *Raccolta*, p. 3755) con la precisazione che è sufficiente una presenza permanente, mediante un ufficio dipendente dalla casa madre o anche mediante una persona indipendente incaricata di agire in permanenza per conto di quest’ultima.

Di grande significato, in questa sede, è la recente sentenza *Centros* (CGCE 9-III-1999, causa C-212/97, *Raccolta*, p. I-1459): non soltanto per le modalità dello stabilimento secondario, ma anche per la mobilità internazionale del capitale societario (insufficientemente riconosciuta, come abbiamo visto, nella prassi comunitaria) e per lo stesso inquadramento, in termini di diritto internazionale privato, del movimento internazionale delle società commerciali.

La sentenza verrà esaminata, come merita, a parte.

---

<sup>2</sup> BALLARINO, *op cit.*, p. 471 e ss.

## 5. La legge regolatrice delle società commerciali.

Una problematica che si intreccia con il diritto comunitario è quella del criterio di collegamento che serve a determinare lo statuto personale delle società commerciali.

La scelta del criterio ottimale per determinare lo statuto personale delle società commerciali è oggetto di viva discussione in d.i.pr. comparato. Principalmente si dividono il campo il principio della **sede** e quello del luogo di costituzione (o, all'inglese, dell'**incorporazione**).

Il primo, prevalente nel continente europeo, è giustificato in base ad argomenti quali l'interesse decisivo che ha lo Stato della sede per le società inserite nel suo sistema economico e nella sua legislazione sulla concorrenza, operante a contatto con i suoi sindacati. Il secondo, caratteristico del mondo anglosassone, sostiene che lo statuto personale della società è dato dalla legge del luogo in cui è stata costituita (" *incorporated* "). In questo luogo, essa ha il domicilio (*domicile*), che in linea di principio è unico e non può essere modificato per la sola volontà delle parti. È invece modificabile, e può essere duplice o plurima, la residenza (*residence*), che serve prevalentemente per finalità fiscali e s'identifica con la sede della direzione effettiva.

La fortuna della teoria dell'incorporazione, alla quale, oltre l'Italia, hanno di recente aderito l'Olanda e la Svizzera, è legata alla sua attitudine a soddisfare due esigenze che si fecero sentire in maniera assai viva nel periodo dell'espansione mondiale del commercio inglese: in primo luogo conservare sotto il controllo della legge inglese le attività " oltremare " delle società commerciali; in secondo luogo, garantire la sicurezza del diritto a favore di coloro che partecipavano alla società mediante l'applicazione, sempre e in ogni caso (anche dopo un trasferimento in altro paese), della legge inglese in base alla quale essa era stata creata.

Nella pratica sono stati proposti altri criteri, peraltro privi di un carattere autonomo vero e proprio oppure mancanti di una giustificazione di carattere generale. Tale è il criterio del **luogo della prevalente attività** – industriale, commerciale – della società (*siège d'exploitation*) proposto per correggere quello della sede (generalmente definita dal centro dell'amministrazione: *sede effettiva*): ad esso si obietta che nella vita economica odierna capita di rado che le attività commerciali siano concentrate in un punto solo, differente da quello del centro dell'amministrazione e tale da privare di significato quest'ultimo. Tale è pure il criterio della **sede legale**, il quale non è altro che una variante del criterio dell'incorporazione. Vi è poi il criterio del **controllo**, ampiamente utilizzato in tempo di guerra per determinare il carattere " nemico " delle società, secondo il quale è decisiva l'appartenenza del capitale sociale (la società, cioè, ha la nazionalità e quindi lo statuto personale dei soci che ne hanno il controllo). Nonostante sia diffuso anche in tempo di pace per tenere sotto controllo attività

considerate rilevanti per gli interessi economici e politici del paese, e nonostante di recente sia stato utilizzato per squarciare il “velo” delle società multinazionali chiamando la capofila di esse a rispondere in sede civile per gravi incidenti di inquinamento (v. BALLARINO, p. 25 ss.), esso non ha mai costituito un modello utilizzabile al di fuori di casi complessivamente ristretti.

La **Comunità economica europea** non ha portato elementi per risolvere il conflitto tra **teoria della sede** e **teoria dell'incorporazione**. La norma più significativa del Trattato CE – l'art. 58 che, ai fini del diritto di stabilimento, equipara le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la *sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale* all'interno della Comunità, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri – ha soltanto lo scopo di estendere alle società i benefici del diritto di stabilimento accordati dal Trattato ai cittadini degli Stati membri; inoltre è troppo imprecisa, data la molteplicità dei criteri che impiega, per consentire la ricostruzione di una norma di conflitto.

Il tentativo di fare accettare agli Stati membri, seguendo un'indicazione dell'art. 220 del Trattato, una convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche è fallito per l'opposizione dell'Olanda, quando i membri della Comunità erano soltanto sei, ed è escluso che possa essere riproposto. La ragione del fallimento sta nel fatto che la Convenzione, firmata nel 1968, dichiarava di voler seguire il principio dell'incorporazione ma consentiva ad ogni Stato contraente di sottoporre a tutte le proprie norme le società costituite in un altro Stato della Comunità aventi però sede in esso.

Una notevole delusione è stata poi provocata, da ultimo, dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso del *Daily Mail*.

Si trattava di una *holding* inglese (*Daily Mail and General Trust PLC*) che voleva trasferire la propria sede amministrativa (e residenza fiscale) in Olanda per realizzare una parte del suo portafoglio titoli sottraendosi all'imposta britannica che colpisce il plusvalore nei titoli (in forza del principio dell'incorporazione adottato in Inghilterra essa sarebbe comunque rimasta inglese). Secondo la legge inglese, a questo scopo era necessaria l'autorizzazione dell'amministrazione tributaria britannica, che nel caso concreto era stata negata. La società ricorse allora alla *High Court of Justice* inglese la quale fece appello alla competenza che l'art. 177 del Trattato (numerazione di allora) attribuisce alla Corte di giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del Trattato CE, proponendo ai giudici del Lussemburgo un quesito del seguente tenore: le norme degli articoli 52 e 58 del Trattato consentono ad uno Stato membro di subordinare ad una propria specifica autorizzazione il trasferimento in un altro Stato membro di una società commerciale avente l'amministrazione sul suo territorio? Il diritto di cambiare domicilio è esplicitamente previsto a favore delle persone fisiche, ma soltanto di esse, da una direttiva del Consiglio (n. 73/148

del 21.5.1973): nel caso concreto occorre stabilire se fosse operante l'equiparazione delle società alle persone fisiche riconosciuta dall'art. 58 del trattato ai fini del diritto di stabilimento. In caso affermativo, si poteva concludere per la contrarietà del diritto inglese al diritto comunitario; ciò avrebbe comportato l'obbligo per il legislatore inglese di modificare le norme dell'*Income and Corporation Taxes Act* del 1970 che richiedevano appunto l'autorizzazione.

La Corte di giustizia ha dato ragione all'amministrazione fiscale inglese, dichiarando che il requisito dell'autorizzazione non veniva meno a causa delle norme comunitarie sullo stabilimento, ed insistendo sulla " dipendenza " delle società dal diritto degli Stati membri, per quanto riguarda la creazione e l'esistenza.

## 6. Il trasferimento della sede delle società

Nel campo delle società, la libertà di stabilimento postula tuttavia, oltre al riconoscimento in tutta la Comunità, molte altre cose, tra cui la **libertà di trasferimento della sede**. Tanto il riconoscimento quanto il trasferimento dovevano essere raggiunti mediante la conclusione di accordi internazionali.

*Art. 293.* – Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini:

- la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini,

- l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità,

- il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse,

- la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali.

Sulla base dell'art. 293 (*allora 220*) è stata firmata a Bruxelles, il 29 febbraio 1968, una convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche, non entrata in vigore essendole mancata la ratifica di uno dei sei membri della Comunità di allora.

A rifiutare la ratifica fu l'Olanda, sospettosa che l'adozione del regime della Convenzione – come era venuto a configurarsi – potesse dare origine ad uno stato di cose incompatibile con i principi del diritto internazionale privato olandese in tema di società.

In questo campo, l'Olanda segue quasi allo stato puro il principio di origine anglosassone della competenza della legge del luogo di costituzione della società (la c.d. **law of incorporation**) e riconosce tutte le società straniere ovunque costituite, purché legittimamente costituite. Si tratta di una scelta di politica legislativa ispirata dal desiderio di attirare gli investimenti stranieri, ma che correlativamente presenta il difetto di diminuire la tutela di coloro che, nel paese,

entrano in contatto con una società straniera, non essendo questa obbligata a sottostare a tutte le disposizioni del diritto locale a garanzia dei terzi.

La Convenzione di Bruxelles parte anch'essa (art. 1) dal riconoscimento della legge della costituzione della società ("Sono riconosciute di diritto le società civili o commerciali, comprese le società cooperative, costituite in conformità della legge di uno Stato contraente che conferisca loro la capacità di essere titolari di diritti e di obblighi ed aventi la sede statutaria nei territori cui si applica la presente Convenzione"), ma contemporaneamente riserva (art. 4) agli Stati contraenti la facoltà di applicare le proprie norme alle società degli altri membri aventi la sede sul proprio territorio: non soltanto le disposizioni che lo Stato considera imperative, ma anche, in determinati casi, quelle che hanno carattere suppletivo.

Poiché tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione hanno dichiarato di far uso di questa riserva, all'atto pratico il principio della competenza della legge del luogo di costituzione scompariva completamente a profitto di quello della sede. Ora, la competenza della legge della sede rappresenta un notevole ostacolo alla libera circolazione dei capitali per il fatto che fa dipendere l'insediamento delle società straniere da una specie di concessione dell'autorità locale ed impedisce loro di stabilire nel paese il centro di direzione dell'impresa.

Il problema del **riconoscimento** e dell'**egual trattamento** delle società dei paesi comunitari nell'ordinamento degli Stati membri – oltre allo "**statuto personale**", le società sono infatti caratterizzate da una "**nazionalità**" che assume rilievo in relazione a tutte le norme interne che distinguono tra nazionali e stranieri, per es. per l'ammissione ad una certa attività – è stato pacificamente risolto dalla pratica in base all'art. 7 (*ora 12*) con l'equiparazione delle società comunitarie a quelle nazionali.

L'assenza di una normativa comunitaria sul **trasferimento di sede** si è invece fatta sentire nella recente sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso del *Daily Mail* (sentenza 27.IX.1988, in causa 81/71, in *Raccolta*, p. 5483).

## 7. La mobilità delle società

Come si è detto, quando venne emanata, la sentenza detta del *Daily Mail* (C. giust. CE 27.09.1988, causa 81/87, *Raccolta*, 1988, 5483 e ss.) ha provocato una grande delusione.

Dall'interpretazione degli articoli 52 e 58 del Trattato – dice la Corte – non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro pur conservando le qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite.

Per effetto di questa sentenza il diritto di stabilimento **a titolo principale** è rimasto puramente teorico per quanto riguarda l'aspetto "positivo" della mobilità delle

società. L'aspetto "negativo" di esso, cioè il divieto delle discriminazioni, è stato invece affrontato in maniera assai corretta dalla Corte nella sentenza in cui condanna lo Stato italiano per avere, con la legge 2 gennaio 1991 n. 1, riservato le attività di intermedizione mobiliare, oltre che alle banche, alle società (SIM) aventi sede legale in Italia (CGCE 6-VI-1996, causa C-101/94).

Nel citato caso *Daily Mail* una constatazione preliminare della Corte, prima ancora di assumere una posizione negativa sul diritto di trasferimento, è stata la seguente (n. 17 e n. 18):

Come regola generale, una società esercita il diritto di stabilimento aprendo agenzie e succursali o costituendo affiliate, come espressamente previsto dall'art. 52, 1° comma, secondo periodo. Una società può esercitare il proprio diritto di stabilimento anche partecipando alla costituzione di una società in altro Stato membro e in tal caso l'art. 221 del trattato le assicura la disciplina nazionale per quanto riguarda la partecipazione finanziaria al capitale di detta nuova società.

Devesi constatare che la citata norma britannica, in causa nel procedimento principale, non pone alcuna restrizione ad operazioni come quelle sopra descritte. Essa non osta neppure al trasferimento parziale od anche totale delle attività di una società di diritto britannico ad una società di nuova costituzione in altro Stato membro, eventualmente dopo scioglimento e conseguente liquidazione dei conti fiscali della società britannica. Si esige l'autorizzazione del tesoro solo quando detta società, pur conservando personalità giuridica e qualità di società di diritto britannico, intenda trasferire la sede della direzione fuori dal Regno Unito.

## **8. Segue la sentenza Centros**

Le circostanze che hanno prodotto la sentenza *Centros* sono facili da riferire.

La signora Bryde, socia ed amministratrice unica di Centros Ltd., una *private limited company* costituita nel 1992 secondo il diritto dell'Inghilterra e del Galles, richiede al registro delle società danese l'omologazione dell'atto costitutivo della società per registrare una succursale.

Centros, a norma del suo atto costitutivo, ha come oggetto sociale l'esercizio di attività in numerosi settori commerciali, incluso quello creditizio. Tuttavia, nelle intenzioni dei soci – che sono soltanto due: la signora Bryde e il marito di lei – Centros doveva svolgere solo un'attività di import/export di vini. E' accertato, comunque, che non ha mai operato dal giorno della sua costituzione. I coniugi Bryde l'hanno acquisita poco tempo dopo la sua costituzione e ad essi sono intestate le uniche due azioni emesse. Il capitale sociale di Centros che ammonta al minimo legale previsto dalla legge inglese di 100 sterline, non è stato effettivamente versato e si trova conservato in una scatola presso il domicilio del

signor Bryde. La sede di Centros è al domicilio di un amico del signor Bryde, nel Regno Unito.

La registrazione in Danimarca di succursali di società a responsabilità limitata straniera è regolata dalle norme sulle società a responsabilità limitata. In base ad esse, una società a responsabilità limitata stabilita in uno Stato membro può operare in Danimarca per il tramite di succursali stabilite nel territorio nazionale, gestite da uno o più amministratori titolari del potere di agire in suo nome.

Affinché la succursale possa validamente operare, deve però esserne richiesta la registrazione presso il registro delle società; se la registrazione è rifiutata, alla succursale è vietata ogni attività. Occorre notare che le società a responsabilità limitata costituite in Danimarca devono disporre di un capitale iniziale minimo di 200 000 corone. Così stabilisce una legge del 1991 che ha aumentato il capitale minimo richiesto per la costituzione delle società del tipo in questione (nonché per la costituzione di società per azioni) rispetto agli importi previgenti allo scopo di rafforzarne la solidità finanziaria, soprattutto a tutela delle ragioni dello Stato e degli altri creditori pubblici. In tal modo si vuole anche prevenire il rischio di bancarotta fraudolenta dovuta all'insolvenza di società con insufficiente capitalizzazione iniziale.

La legge danese non prevedeva peraltro che la società straniera comunitaria che richiede la costituzione di una succursale nel territorio nazionale dovesse essere dotata di un capitale minimo.

Il problema che si poneva – come notava l'avvocato generale La Pergola – era perciò il seguente: esercita legittimamente il diritto di stabilimento secondario solennemente riconosciuto nel caso *Daily Mail* la società che intenda svolgere le proprie attività commerciali *esclusivamente* nel Paese di registrazione della succursale? Lo esercita quando risulta che la stessa scelta iniziale di costituire la società in altro Stato membro, diverso da quello nel quale è destinata ad operare, è stata motivata *unicamente* dall'obiettivo di sottrarsi ai più severi requisiti legali sul capitale sociale minimo previsti dalla legge dello Stato membro dello stabilimento secondario?

Secondo l'amministrazione danese, viste le circostanze della specie, la risposta doveva essere negativa in base ad un duplice ordine di argomenti: il diniego di registrazione della succursale di Centros non restringeva la libertà di stabilimento prevista dall'art. 52 del Trattato; se, in subordine, vi era restrizione, questa rientrava comunque nel regime particolare previsto per le società straniere, che l'art. 56 del Trattato consente agli Stati membri di dettare, fra l'altro, per ragioni di ordine pubblico.

Osservava di contro l'avvocato generale che la norma contenuta nell'art. 52 del Trattato, direttamente efficace dalla fine del periodo transitorio, mira a garantire il trattamento nazionale a qualsiasi cittadino di uno Stato membro che si stabilisca in altro Stato membro per esercitarvi un'attività non subordinata, e che nell'oggetto

del diritto di stabilimento rientrano sia la costituzione e gestione di imprese, conformemente alle disposizioni che la legge del Paese di accoglienza stabilisce per i suoi cittadini, sia la costituzione di agenzie, succursali o affiliate da parte dei cittadini comunitari stabiliti a titolo principale nel territorio di un altro Stato membro.

A norma dell'art. 58 del Trattato, poi, per le imprese sociali costituite secondo il diritto di uno Stato membro ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio comunitario, il diritto di stabilimento comprende il diritto di operare in altro Stato membro mediante uno stabilimento secondario.

Da questa libertà fondamentale – conclude l'avvocato generale in piena sintonia con la sentenza *Daily Mail* – discendono, come corollari, tre altre libertà: l'attività d'impresa può essere esercitata in forma societaria in uno Stato membro mediante una società nazionale di quello Stato o di un altro Paese membro; la società ha il diritto di scegliere, ai fini dello stabilimento secondario, fra la creazione di una filiale o di una succursale; la società straniera è titolare, nello Stato dello stabilimento secondario, degli stessi diritti di cui in esso godono le società nazionali.

In definitiva, secondo l'avvocato generale, la misura adottata dall'amministrazione danese offende le disposizioni del Trattato in materia di libero stabilimento perché non restringe semplicemente l'esercizio del diritto di stabilimento secondario riconosciuto alle società straniere comunitarie, ma lo preclude radicalmente impedendo ai coniugi Bryde di svolgere in Danimarca un'attività imprenditoriale attraverso una società regolarmente costituita e con sede sociale in altro Stato membro della Comunità.

La sentenza della Corte accoglie pienamente le conclusioni dell'avvocato generale.

La circostanza – essa dice – che i coniugi Bryde abbiano costituito la società nel Regno Unito nell'intento di eludere la normativa danese che impone la liberazione di un capitale sociale minimo, che non è stata contestata né nelle osservazioni scritte né all'udienza, non esclude inoltre che la creazione da parte di questa società britannica di una succursale in Danimarca rientri nell'ambito della libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 52 e 58 del Trattato. La questione dell'applicabilità degli artt. 52 e 58 del Trattato è infatti distinta dalla questione se uno Stato membro possa adottare misure atte a impedire che, in presenza delle possibilità offerte dal Trattato, i suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero della propria legge nazionale.

In merito alla questione se, come sostengono i coniugi Bryde, il diniego di iscrizione in Danimarca della succursale della loro società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, nel quale la società ha la sede, costituisca un ostacolo alla libertà di stabilimento, occorre ricordare che la libertà di stabilimento riconosciuta dall'art. 52 del Trattato ai cittadini comunitari comporta per questi ultimi il diritto di accedere alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese alle stesse condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri

cittadini. Inoltre, l'art. 58 equipara alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità.

Ne consegue che queste società hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro, mediante una agenzia, succursale o filiale. La localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato.

Nella dottrina del diritto comunitario si è molto discusso in primo luogo sulla ricorrenza, nella vicenda Centros, di una fattispecie di abuso del diritto.

La Corte la respinge rilevando che la scelta di un paese membro per costituire una società (con successiva creazione di succursali in Stati membri) “non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento” (sentenza, punto 27) ma è qualcosa di inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato. Viene richiamata la sentenza *Segers* (C. giust. CE 10.07.1986, causa 270/83, *Raccolta*, 1986, p. 273).

Si trattava nel caso *Segers* di una questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Lussemburgo dalla Corte centrale delle professioni dello Stato olandese. Il *Segers*, cittadino olandese, dirigeva un'impresa di diritto olandese ed avente la sede sociale nei Paesi Bassi. Quando, per ampliare la propria attività, decise di costituire in Gran Bretagna una *private company limited by shares*, e di trasformare la propria impresa olandese in un'affiliata di tale società, gli fu comunicato che non poteva continuare a fruire delle prestazioni di malattia contemplate dalla normativa olandese sull'assicurazione obbligatoria, perché non poteva più considerarsi un lavoratore dipendente della sua impresa. La Corte stabilì che la società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, a norma dell'art. 52 del Trattato ha il diritto di svolgere la propria attività commerciale nei Paesi Bassi allo stesso modo delle società di diritto olandese, e che questa equiparazione comprende il diritto d'isciversi ad un determinato regime previdenziale.

Nel caso Centros la Corte dichiara:

Il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento.

Queste conclusioni, rileva la Corte (punto 26), valgono in quanto nel caso si ha a che fare con norme relative alla costituzione di società e non con norme relative all'esercizio di determinate attività professionali.

Per queste ultime si deve riconoscere agli Stati membri il diritto di adottare misure rivolte ad impedire che grazie alle possibilità offerte dal Trattato taluni dei suoi cittadini si sottraggano all'impero delle leggi nazionali.

Infatti, già nel celebre caso *Van Binsbergen* (C. giust. CE 3.12.1974, causa 33/74, *Raccolta*, p. 1299. Per i dettagli del caso v. Ballarino, 2001, p. 445), vera pietra miliare per la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, la Corte aveva dichiarato che non si può negare ad uno Stato membro il diritto di adottare disposizioni destinate ad impedire che la libertà garantita dall'art. 59 sia utilizzata da un prestatore di servizi la cui attività è ristretta interamente o principalmente al territorio dello Stato per sottrarsi alle regole professionali alle quali dovrebbe sottostare se fosse stabilito nel territorio di questo Stato.

Più di recente, nella causa *TV 10* (C. giust. CE 5.10.1994, causa C-23/93, *Raccolta*, p. I-4795), la Corte ha ribadito questa sua posizione.

Il *Commissariat voor de Media* dei Paesi Bassi aveva rifiutato di riconoscere carattere straniero – e con esso il regime più favorevole attribuito agli organismi di radiodiffusione straniero – ad un'emittente (TV 10) installatasi nel Lussemburgo con lo scopo di erogare dei servizi destinati al territorio dei Paesi Bassi: in sostanza per sottrarsi alla legislazione olandese relativa alle emittenti nazionali.

La Corte approva questo atteggiamento.

Rilevato che l'attività di TV 10 era interamente o principalmente destinata ai Paesi Bassi, essa argomenta che sotto il coperto di esercitare le libertà previste dal Trattato non è lecito sottrarsi abusivamente alle disposizioni imperative del diritto nazionale intese a garantire il contenuto pluralista e non commerciale dei programmi.

Nella fattispecie la Corte desume l'esistenza dell'abuso (anzi della frode alla legge) dal ricorrere di due elementi: quello oggettivo dato dalla delocalizzazione del centro di attività e quello soggettivo dato dal proposito del prestatore di servizi di utilizzare le libertà garantite dal Trattato per sottrarsi alle norme cui dovrebbe sottostare.

Nel caso *Centros* la Corte opina invece che non si può considerare abuso l'esercizio di prerogative inerenti alla finalità della norma comunitaria (il diritto di stabilimento, consistente nella creazione di una società conformemente alle normative di uno Stato membro con la successiva creazione di succursali in altri paesi).

Sul piano del conflitto di leggi si può riconoscere qualche conseguenza alle sentenze *Centros*.

Dal punto di vista italiano essa rafforza la tesi che ho sostenuto sin dall'apparire della legge di riforma del diritto internazionale privato<sup>3</sup>: la disposizione contenuta nella seconda parte del primo comma dell'art. 25 secondo cui si applica la legge italiana se in Italia si trova l'oggetto principale di una società commerciale costituita in Italia è inapplicabile – a prescindere dalla sua fondatezza in termini generali – allorché si ha a che fare con una società comunitaria.

---

<sup>3</sup> BALLARINO, *Dir. int. priv. cit.*, p. 363.

Supponiamo che Centros avesse creato la sua filiale in Italia: scontato il riconoscimento della società inglese, discendente dall'adozione del nostro sistema di conflitto alla *lex incorporationis*, le si sarebbe potuta imporre l'osservanza, sulla base della norma sopra citata, degli adempimenti previsti dalla legge italiana (iscrizione nel registro delle imprese e prima della "*legge di semplificazione*" 340/2000 il giudizio di omologazione)? In caso di mancato adempimento di questi oneri si poteva ipotizzare una responsabilità illimitata e solidale, discendente dall'art. 2508 c.c., per le obbligazioni sociali a carico di coloro che avevano agito per la società?

La risposta negativa appare incontestabile.



## **La Società europ ea: uno strumento utile**

M.me Françoise Blanquet

*Magistrat, Conseiller à la Commission européenne*

### **Introduction**

Après tant d'années d'efforts et de désillusions, enfin la Société européenne est mise à la disposition des entreprises qui souhaiteront l'utiliser pour déployer leurs activités dans l'ensemble de l'Union à partir du 8 octobre 2004.

C'est ce moment béni qu'ont choisi certaines organisations patronales minoritaires et certains bons esprits parisiens pour manifester à l'égard de la SE un scepticisme destructeur du type : beaucoup de bruit pour rien - un Titanic fiscal - le cheval de Troie de la Participation.

Pour avoir défendu ce texte depuis 1989 au Parlement européen, au Comité économique et social et au Conseil, il m'incombe de m'en tenir aux textes et de permettre aux chefs d'entreprises et à leurs conseillers juridiques - sociaux - fiscaux de comprendre tout l'intérêt que peut présenter la constitution d'une SE soit pour restructurer un groupe transnational, soit pour coopérer avec des sociétés d'Etats membres différents.

Ni le nouveau Règlement<sup>1</sup> sur les aspects droit des sociétés, ni la nouvelle directive<sup>2</sup> qui vise l'information, la consultation et la participation des salariés de la SE ne s'imposeront aux entreprises non intéressées par ce nouveau Statut, qu'elles soient donc rassurées.

En revanche, des entreprises intéressées par le Statut de SE ont ainsi formulé leur souhait:

"une seule société opérant par le biais d'établissements dans les divers Etats membres et non plus un réseau complexe de filiales soumises à autant de droits qu'il y a d'Etats membres avec un seul bilan annuel, une seule déclaration fiscale, dans un seul cadre juridique, avec des salariés européens".

Avons nous réussi à les satisfaire au moins en partie ?<sup>3</sup>

Nous allons l'examiner sous forme de triptyque :

I. Le volet juridique

---

<sup>1</sup> JOCE né L 294 du 10 novembre 2001, p. 1

<sup>2</sup> JOCE né L 294 du 10 novembre 2001, p. 22.

<sup>3</sup> Demande citée par F. Blanquet dans "Enfin la Société européenne "la SE" - Revue du droit de l'Union européenne, Editions Clément Juglar, Paris, né 1 - 2001, footnote 15.

- II. Le volet social
- III. Le volet fiscal.

## **I. Une seule structure juridique**

### **a) *La nationalité de la SE***

Nous pouvons souscrire à l'analyse de Christian Roth<sup>4</sup> selon laquelle "à l'heure actuelle la multiplicité des droits nationaux applicables à la vie et aux activités des entreprises européennes est vécue par elles comme étant une contrariété superflue et une source de complexité bien coûteuse". "La caractéristique principale de la SE est qu'elle n'a aucun rattachement avec la nationalité d'un Etat membre. Il s'agit d'une société de nationalité européenne dont le fondement juridique est à trouver dans le droit communautaire".

Ainsi, par exemple, si une société allemande et une société française fusionnent, la société issue de la fusion par absorption ou par constitution d'une nouvelle société ne sera ni allemande ni française, mais européenne. Cet avantage psychologique est souvent souligné par les entreprises outre le fait que la décision de fusion transfrontalière ne devra plus être prise à l'unanimité, mais à la simple majorité qualifiée.

### **b) *Le droit applicable à la SE***

Les considérants 6 et 7 soulignent qu'à côté des sociétés relevant d'un droit national est prévue "la création de sociétés dont la constitution et les activités sont régies par le droit résultant d'un règlement communautaire directement applicable dans tous les Etats membres" permettant ainsi "la création et la gestion de sociétés de dimension européenne en dehors de toute entrave résultant de la disparité et de l'application territoriale limitée du droit national des sociétés".

Effectivement ce règlement "SE" vise le droit des sociétés et non d'autres domaines du droit tels que la fiscalité, la concurrence, la propriété intellectuelle, l'insolvabilité, le droit social ou le droit du travail. Tous ces domaines ne sont pas couverts par le droit des sociétés des Etats membres. Il n'est dès lors pas très cohérent de critiquer le fait que le Règlement ne les vise pas.

Certes le Règlement ne couvre pas tous les aspects du droit des sociétés dans la mesure où ceux-ci ont été harmonisés par diverses directives en la matière : n'est il pas logique de se référer par exemple pour les comptes annuels ou consolidés (cf. article 61) à la loi du siège de la SE plutôt que d'avoir prévu une norme

---

<sup>4</sup> Christian ROTH. La "Societas europaea" un outil commun de l'Union économique et monétaire dans supplément Revue Lamy, Droit des affaires n° 48 - Avril 2002, 3129.

spécifique qui n'aurait pas eu la souplesse requise révélée par le renvoi pour toutes les sociétés cotées dès 2005 à l'application des normes comptables internationales, mesure nécessitée par les scandales Enron et autres<sup>5</sup> ?

On peut ajouter que, dans les domaines du droit des sociétés, la SE bénéficiera de la liberté statutaire reconnue aux sociétés anonymes de l'Etat où elle décidera de fixer son siège : la SE se veut une société "sur mesure" et on peut penser que des Etats comme le Royaume-Uni où tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé, attireront plus de sièges de SE que des Etats comme l'Allemagne où tout ce qui n'est pas expressément autorisé est interdit. A cet égard nous invitons les juristes à examiner toutes les libertés offertes par l'article 48 qui laisse aux Statuts le soin d'énumérer les catégories d'opérations soumises à autorisation par l'organe de surveillance ou à décision expresse de l'organe d'administration. Certes un Etat pourrait fixer lui-même les opérations devant au minimum figurer dans les statuts, "le cadre de fond de cette SE est unitaire et les mille facettes qui peuvent lui venir par référence aux droits nationaux sont sans doute une source de richesse et mais on peut penser que certains Etats membres préféreront conserver au Règlement SE son caractère libéral.

De fait, il n'y aura pas comme le pensent certains commentateurs, autant de SE que d'Etats membres, mais autant de SE que de SE constituées. Toute l'ingéniosité et l'inventivité des bons juristes sera ainsi mise en exergue comme le dit très justement Claude Ducouloux Favard "Cette SE 2001 est un cadre très malléable conventionnellement sur lequel peuvent jouer les normes de quinze systèmes de droit" de succès<sup>6</sup>.

Tel sera sûrement le cas du libre choix laissé à la SE entre le système moniste ou le système dualiste.

### ***c) Une seule structure d'administration***

La liberté dont jouira la SE peut être illustrée par le choix laissé à ses fondateurs d'une structure moniste (avec conseil d'administration) ou d'une structure dualiste (avec directoire et conseil de surveillance) quel que soit l'Etat où elle fixera son siège. L'ensemble du Groupe pourra ainsi adopter la structure jugée préférable alors qu'avant la constitution de la SE les diverses sociétés étaient soumises, selon le droit qui leur était applicable à un système moniste ou à un système dualiste obligatoire.

Tous les Etats sont tenus d'accepter l'immatriculation sur leur territoire de SE dont la structure n'est pas conforme à leur droit national, mais ils ne sont pas tenus

---

<sup>5</sup> Règlement CE n° 1606/2002 du 19 juillet 2002 JOCE n° L 243, pp. 1 à 4.

<sup>6</sup> Supplément à la Revue Lamy - droit des affaires déjà citée n° 3128 - Longue histoire pour la naissance de la Société européenne.

d'adopter "des mesures appropriées concernant les SE"<sup>7</sup>. Cette formule est souvent mal comprise. En effet, la liberté contractuelle, très large dans certains Etats membres, autorise les sociétés à choisir un système différent du système traditionnel. Ces Etats ont indiqué qu'ils n'auront pas à adopter des mesures appropriées pour les SE qui jouiront d'une totale liberté contractuelle. En revanche, d'autres Etats comme par exemple l'Allemagne, où seul le système dualiste est autorisé pour les sociétés nationales, a annoncé qu'elle adopterait des mesures appropriées pour permettre aux SE immatriculées sur son territoire, d'opter pour une structure moniste.

**d) La mobilité de la SE**

Non seulement la SE bénéficiera d'un seul corps de règles dans l'Etat de son immatriculation, mais elle jouira pour la première fois du droit à la mobilité dans l'ensemble de l'Union reconnu en vain par l'art. 220 du Traité de Rome :

- 1) "la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes"
- 2) "le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert de siège de pays en pays".

(1) **La fusion transfrontalière** permettra ainsi :

a) **des opérations de restructuration** faisant réaliser à la SE des économies considérables. Il est par exemple indéniable qu'après fusion de ses 15 filiales dans 15 Etats différents, la SE n'aura plus à convoquer qu'une seule Assemblée générale et un seul conseil d'administration. Elle pourra n'avoir qu'un seul service financier - comptable - du personnel - de recherche et n'être soumise qu'à un droit applicable à la place des 15 antérieurs.

Il est indéniable qu'elle pourra constituer à la majorité qualifiée une seule SE par ligne de produit, par secteur d'activité ou par secteur géographique, alors que le Groupe pouvait avoir acquis au fil des acquisitions "la simplicité d'un circuit électrique" selon l'expression du Professeur Viandier<sup>8</sup>.

Il est indéniable que son management unifié sera plus efficace que la multiplicité des dirigeants des filiales souvent jaloux de leur autonomie et de leur autorité et que les décisions stratégiques seront plus rapidement exécutées par les gérants des établissements issus de la fusion.

---

<sup>7</sup> Voir article 39§5 ou 43§4 "Un Etat membre peut adopter les mesures appropriées concernant les SE".

<sup>8</sup> Droit des sociétés - 10e édition, p. 635 in fine - éditions Litec.

- b) *la fusion transfrontalière* sera également la voie royale pour toutes les **opérations de coopération** entre sociétés d'Etats membres différents. Que l'on songe par exemple à une PME à la frontière française n'ayant pas les moyens d'acquérir un équipement coûteux fusionnant avec une PME à la frontière belge dans le même secteur d'activité. Chacune des sociétés pourra, à coûts partagés, développer son activité sur les deux territoires.
- (2) **Le transfert de siège social** sera pour la première fois possible pour la SE à la majorité qualifiée sans dissolution et avec maintien de la personnalité juridique. Ainsi non seulement la SE pourra lors de sa constitution choisir librement le lieu de son siège dans n'importe quel Etat membre, mais après constitution il lui sera loisible de le déplacer si cette décision lui paraît conforme à ses intérêts.
- e) **Une seule structure pour quels projets ?**
- (1) La SE sera le véhicule juridique privilégié pour la réalisation des grands projets frontaliers : lignes de TGV Lyon - Milan - Turin ou Narbonne - Barcelone. Tunnel sous les Alpes ou sous la Manche. Exploitation d'une ligne aérienne par 2 compagnies d'Etats membres différents, etc.
- (2) La SE permettra de regrouper des grandes entreprises d'Etats membres différents dans le même secteur d'activité pour améliorer leur compétitivité et leur donner une dimension européenne : le Groupe Arcelor a ainsi annoncé qu'il s'immatriculerait en SE dès que ce serait possible en octobre 2004. Des grandes banques ou Compagnies d'Assurances ont le même projet, tout comme d'autres entreprises qui tiennent à préserver l'anonymat.
- (3) La SE permettra d'attirer des capitaux privés grâce à la simplification de la structure des groupes qui donne plus de lisibilité aux marchés financiers.
- (4) La SE permettra de lutter contre des OPA hostiles grâce à un regroupement en son sein d'entreprises "opéables".
- (5) La SE permettra à certains groupes extra européens de brandir un **drapeau européen**: des entreprises japonaises, chinoises, suisses, américaines, australiennes ont ainsi l'intention de constituer des SE par fusion de certaines de leurs filiales dans divers Etats membres.
- La souplesse d'utilisation de la SE trouve un autre champ d'action puisque la directive lui permet par des accords sur mesure de constituer vraiment une seule structure sociale pour tous ses salariés dans les divers Etats membres.

**II. L'établissement d'une seule structure sociale** sera facilitée par le fait que la SE aura pu librement choisir une structure moniste ou dualiste. Ainsi sera-t-il

apprécié par les fondateurs de pouvoir opter pour une structure dualiste pour l'ensemble de la SE si l'on préfère introduire des représentants des travailleurs dans un conseil de surveillance plutôt que de les introduire dans un conseil d'administration.

**a) *La cogestion***

Contrairement à ceux qui croient toujours que la SE sera le vecteur de la participation, voire un cheval de Troie, il est important de rappeler le Principe "Avant-Après" consacré solennellement pour la SE :

– si avant sa constitution aucune des sociétés participantes n'avait introduit de représentants des travailleurs dans son organe d'administration (système moniste) ou son organe de surveillance (système dualiste), la SE ne sera tenue que d'informer et consulter ses salariés et en aucune façon d'organiser leur participation à la gestion.

– si en revanche, avant la fusion un quart des salariés de la future SE étaient représentés dans les organes des sociétés participantes, (ou la majorité en cas de constitution d'une holding ou filiale commune), la SE devra organiser le même système de participation pour tous les salariés de la SE. Un Etat membre est toutefois libre de ne pas transposer ce principe dans sa législation dans la mesure où il s'oppose à ce qu'une minorité puisse imposer son système à la majorité. Dans ce cas, une telle SE ne pourra être immatriculée sur son territoire. En tout état de cause, si l'Assemblée générale des actionnaires ne souhaite pas que la future SE organise la cogestion de ses salariés conformément à la directive, elle a la faculté de ne pas poursuivre l'immatriculation de la SE dans les cas où un accord des partenaires sociaux prévoirait cette cogestion ou, faute d'accord, dans le cas où l'application de l'annexe l'organiserait (cf. article 23§2 du Règlement en cas de fusion et 32§6 pour la holding SE).

Le dernier mot est ainsi laissé aux actionnaires puisque la SE ne peut être immatriculée que lorsqu'on s'est mis d'accord sur l'implication des travailleurs de la SE. C'est à dire leur information, leur consultation voire leur participation aux organes pour préserver les droits acquis des salariés.

**b) *L'accord***

Le volet social de la SE repose sur un accord conclu en toute "autonomie des parties" (article 4 de la directive). Cette autonomie totale devrait permettre à chaque SE d'avoir un système « sur mesure » selon la culture de l'entreprise en créant en outre un esprit de corps entre les « salariés européens » de la future SE. On peut légitimement penser que le système adopté par voie d'accord sera influencé par le lieu du siège de la future SE : une immatriculation dans l'un des 7

Etats « avec Participation » devrait favoriser des accords « avec Participation » alors qu'une immatriculation dans l'un des 8 Etats « sans Participation » ne devrait s'accompagner d'un accord sur la participation que si une proportion significative des salariés en bénéficiait avant cette constitution. Le Considérant n° 17 de la directive insiste à ce sujet sur « la garantie des droits acquis des travailleurs comme « principe fondamental et objectif déclaré » ajoutant que « les droits des travailleurs existant avant la constitution des SE devraient être à la base de l'aménagement de leurs droits en matière d'implication dans la SE » (principe « avant-après »). L'article 4 § 3 de la Directive précise s'il en était besoin que l'accord n'est pas soumis aux dispositions de référence visées à l'annexe. Il n'y a donc pas de fixation d'un contenu minimum de l'accord conclu en toute autonomie des parties.

**c) *Rapports avec la directive "Comité d'entreprise européen"***

La directive "SE" paraît très compliquée c'est vrai, mais en réalité, l'information et la consultation visés par la directive sur l'implication des travailleurs dans la SE ont été directement inspirées par la directive concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen du 22 septembre 1994<sup>9</sup>, qui vise également l'Information et la consultation des travailleurs des « entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire ». Ce texte prévoit la création d'un groupe spécial de négociation, la conclusion d'accords « dans un esprit de collaboration » en préservant « l'autonomie des parties » et faute d'accord, l'application de prescriptions subsidiaires devant satisfaire aux dispositions de l'annexe (copie conforme de celle retenue pour ce qui concerne l'Information et la consultation dans la SE).

L'article 13 de la Directive « SE » prévoit ainsi que si la SE est une entreprise de dimension communautaire au sens de la directive 94/45/CE ou 97/74/CE<sup>10</sup>, le groupe spécial de négociation peut décider de ne pas entamer de négociations ou de clore des négociations déjà entamées. Dans ce cas, la SE continuera à appliquer l'accord conclu au niveau des sociétés participantes. On peut imaginer que telle sera la situation lorsque les accords conclus au niveau des sociétés participantes donnent toute satisfaction aux partenaires qui les ont conclus. Dans le cas contraire (ou si aucun accord n'avait pu être conclu), une nouvelle négociation sera engagée au moment de la constitution de la SE sur les mêmes bases pour ce qui concerne l'information et la consultation, et sur des bases nouvelles concernant la participation aux organes non prévue par les 2 directives susvisées.

---

<sup>9</sup> Directive 94/45/CE – JOCE n° L 254/64 du 30.09.1994.

<sup>10</sup> Directive 97/74/CE – JOCE n° L 10 du 16.01.1998, p. 22.

### III. Le volet fiscal

#### ***Quelle sera la fiscalité applicable à la SE ?***

C'est LA question première des responsables d'entreprises qui souhaitent qu'un Règlement communautaire s'accompagne d'avantages fiscaux en faveur de ceux qui opteront pour cette nouvelle structure communautaire.

La question est également posée par ceux qui souhaitent que la SE s'accompagne au moins de mesures fiscales permettant d'opter pour le Statut de SE sans être pénalisé : traitement fiscal spécifique.

Dans toutes ses initiatives la Commission veille à éviter des distorsions de concurrence entre entreprises et à assurer la neutralité du traitement fiscal quelle que soit la forme de la société : le choix de la SE ne devrait pas se faire en fonction de son intérêt fiscal, mais plutôt pour son intérêt intrinsèque en droit des sociétés qui permet la mise en place d'un cadre juridique communautaire à la place d'un réseau complexe et coûteux de filiales soumises aux divers droits nationaux. Toutefois, il faut éviter que la SE soit pénalisée.

#### *a) Le principe*

Les sociétés européennes seront traitées comme n'importe quelle autre entreprise multinationale, c'est-à-dire qu'elles seront soumises à la législation fiscale nationale applicable au niveau de la société comme de ses établissements.

#### *b) Les spécificités*

Les SE constituées par **voie de fusion**, immatriculées dans un Etat membre particulier et exerçant leurs activités par l'intermédiaire d'établissements établis dans divers pays bénéficieront d'un avantage fiscal lié à cette multiplicité d'établissements. En effet, si leur bénéfice global est imposé dans l'Etat membre où elles ont leur siège, elles pourront compenser les pertes de certains établissements stables par les profits enregistrés par la société. En pratique, une telle compensation est rarement envisageable lorsque la société mère est constituée comme une entité indépendante, opérant par le biais de filiales dotées d'une personnalité juridique propre. Cette consolidation fiscale est commune dans les Etats membres pour ce qui concerne les établissements. Elle n'est possible en France (qui applique le principe de territorialité de l'impôt) que lorsque, par accord, l'administration fiscale a autorisé une consolidation mondiale (11 groupes bénéficient d'un tel système privilégié).

Les SE constituées par voie de fusion seront le premier type de société à pouvoir bénéficier de la directive concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions intéressant des sociétés d'Etats membres différents (90/434/CEE)<sup>11</sup>. Ce texte prévoit la taxation des seules plus-values réalisées au moment de la fusion, mais non des plus-values latentes, dans la mesure où un établissement stable est maintenu dans l'Etat où la société était immatriculée avant la fusion. Il faudra toutefois procéder à une modification technique de cette directive pour ajouter les SE aux catégories de sociétés entrant dans son champ d'application.

Il en sera de même pour éviter la double imposition en cas de *distribution des bénéfices entre sociétés d'Etats membres différents*, grâce à la directive 90/435/CEE<sup>12</sup>.

La SE devra également être ajoutée à la liste des sociétés visées par la future directive visant à *éviter la taxation, des intérêts et redevances payés entre sociétés d'un même groupe*. Un accord politique a été obtenu sur cette directive au Conseil « écofin » des 26-27 novembre 2000.

Les SE bénéficieront en outre des *conventions fiscales* en vigueur dans les Etats membres où elles sont situées. Elles bénéficieront aussi de la *convention d'arbitrage* 90/436/CEE<sup>13</sup> qui a pour objet *d'éliminer la double imposition en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées*, qui s'applique à toutes les formes d'entreprises et donc également à la SE (article 4).

Une fois constituée, la SE aura la possibilité de *transférer son siège social* dans un autre Etat membre avec maintien de sa personnalité juridique et sans dissolution. Il faudra éviter que les lois fiscales actuellement en vigueur dans certains Etats membres continuent à taxer ce transfert « comme s'il » s'agissait d'une dissolution. Si tel devait être le cas, des mesures fiscales devraient être adoptées par le Conseil dans la ligne de ce qui fut adopté en cas de fusion, pour que seules soient taxées les plus-values réalisées, mais non les plus-values latentes dans la mesure où serait maintenu un établissement stable dans l'Etat du siège d'origine.

A ce sujet il est intéressant de rappeler la thèse très convaincante de M. Menjuq pour ce qui concerne les SE immatriculées en France<sup>14</sup>. L'article 221§3 du code général des impôts prévoit que le transfert de siège à l'étranger de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés n'est pas assimilé à

---

<sup>11</sup> JOCE L 225 du 20 août 1990.

<sup>12</sup> JOCE L 225 du 20 août 1990.

<sup>13</sup> JOCE L 225 du 20 août 1990.

<sup>14</sup> M. Menjuq - La Société européenne. Revue des Sociétés - Dalloz n° 2, Avril-Juin 2002

une dissolution d'entreprise "lorsqu'il existe (par renvoi à l'article 225-97 du code de commerce) "une convention entre la France et l'Etat d'accueil **assurant le maintien de la personnalité morale de la société**".

Or le Règlement, (article 8) prévoit expressément que "ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle". Ce texte prévoit incontestablement "le maintien de la personnalité morale de la société". On imagine mal qu'une loi fiscale nationale inférieure dans la hiérarchie des normes au texte d'un Règlement communautaire ignore un tel Règlement directement applicable dans 15 voire 25 Etats membres, alors qu'il eût fléchi devant une simple convention bilatérale qui se serait bornée à prévoir le maintien de la personnalité morale de la société que le Règlement organise précisément.

**La SE et les prix de transfert :** Il serait intéressant d'examiner si les sociétés bénéficiant d'une consolidation mondiale (11 groupes en France) ou les sociétés des autres Etats membres bénéficiant d'une consolidation fiscale entre la société et ses établissements resteront tenues de payer les prix de transfert normalement dûs entre la société et ses filiales. Dans le cas contraire, des économies considérables pourraient être réalisées par les SE. Nous ne pouvons qu'encourager les experts fiscaux à examiner ce point au moment où ils envisageront de constituer une SE.

Il serait utile d'aller plus loin encore et d'obtenir que les taux d'imposition des sociétés soient rapprochés et que les SE soient taxées au niveau du siège, les Etats concernés se répartissant ce qui leur reviendrait. En réalité, la SE ayant le choix du lieu de son siège, qu'elle peut en outre transférer librement, saura choisir le régime fiscal qui lui paraîtra le meilleur. L'harmonisation fiscale qui n'aura pu être réalisée par la grande porte le sera par la petite, car les Etats qui ne se satisferont pas de la fuite des SE de leur territoire prendront les dispositions qui s'imposent. La Commission a proposé que la SE soit un "projet Pilote"<sup>15</sup>, mais il est trop tôt pour connaître l'issue de ce voeu qui permettrait aux SE de ne faire qu'une seule déclaration de bénéfices et de payer avec un seul chèque selon le souhait des entreprises.

## **CONCLUSIONS**

Le texte actuel de Règlement contient 70 articles. Les versions de 1970 et 1975 en comptaient près de 300. La SE n'est plus ce navire immense voguant hors des eaux territoriales loin des côtes des Etats membres et sur lequel personne ne

---

<sup>15</sup> SEC(2001) 1681 octobre 2001 "La fiscalité des sociétés dans le Marché intérieur".

pouvait monter. La SE est devenue un navire de croisière quittant son port d'attache pour longer les côtes des Etats membres et emmener à son bord tous ceux qui souhaitent profiter de ses avantages.

Face aux critiques de certains théoriciens du Droit contre ce Statut nouveau, pourtant plus proche des entreprises et de leur environnement juridique et social, on songe à ces mots du Général De Gaulle « Eh oui, il y a toujours ceux qui regrettent le charme des lampes à huile et de la marine à voile" » !

- Le Statut nouveau a incontestablement gagné en *souplesse et simplicité*. Il a été débarrassé de ces contraintes que constituait le droit des groupes obligatoire (qui n'est inclus, encore aujourd'hui, que dans le droit allemand et le droit portugais) ou la participation obligatoire dans les organes de la société (que seuls 7 Etats membres ont introduite selon des modèles généralement minoritaires mis à part le modèle paritaire allemand) ou encore l'obligation d'opter pour un système dualiste (que très peu d'Etats ont consacré dans leur législation).
- Le Statut nouveau a gagné *en ouverture* en particulier en faveur des PME : le capital minimum requis en 1970 était important en cas de fusion : 500.000 écus tombés à 250.000 dans la version de 1975. Il n'est plus que de 120.000 euros à la portée de la plupart des entreprises qui souhaitent développer leur activité transfrontalière. L'accès a même été ouvert aux sociétés étrangères ayant conservé hors de l'Union leur administration centrale, leurs centres de décisions stratégiques, à la seule condition qu'elles soient immatriculées dans un Etat membre et aient « un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre ». C'est à dire un simple établissement dans l'Union. On ne peut plus parler de « forteresse Europe ». Les filiales de groupes japonais ou américains ne s'y sont pas trompées, qui manifestent un intérêt sans cesse croissant pour ce nouveau véhicule juridique afin de conforter leur image de marque européenne, réduire leurs coûts de fonctionnement et améliorer leur efficacité. Le Statut nouveau a encore gagné en ouverture en autorisant la transformation en SE d'une société nationale qui prouve son caractère européen par une filiale depuis au moins 2 ans dans un autre Etat membre.
- Le texte actuel de Directive a également été *assoupli* pour tenir compte de la diversité des traditions nationales. Un Etat est même autorisé à ne pas transposer dans sa législation les dispositions sur la participation des salariés en cas de fusion s'il préfère être privé du droit d'immatriculer une SE plutôt que de consacrer dans sa loi le droit d'une minorité à imposer son modèle de participation à une majorité des salariés de la SE. Des accords « sur mesure » conclus en toute autonomie des parties respectant la culture de l'entreprise et créant un esprit de corps entre ces « salariés européens » sont également un gage de cette souplesse nouvelle.

Faute d'accord, les dispositions de référence tiennent également compte des traditions différentes. Ainsi l'objectif de la directive n'est pas d'exporter la participation là où elle n'existait pas, mais de préserver les droits acquis des salariés à cette participation selon le principe « avant-après » décrit dans le Considérant n° 17.

- Le Statut nouveau a gagné *en attrait* : de nombreux groupes manifestent actuellement leur intérêt pour la SE. Ils insistent sur le fait que la simplification de la structure des groupes donnera plus de visibilité aux marchés financiers et offrira aux SE une visibilité accrue sur la scène européenne et internationale. Ils estiment aussi que la constitution de SE permettra, en les renforçant, de permettre à certaines entreprises de ne pas subir des O.P.A. hostiles. Ils estiment également que la SE leur fera faire d'importantes économies d'échelle et des gains de productivité encore plus importants.

Certes, il y a encore des prophètes de mauvais augure sur le manque d'intérêt de la SE, les Sociétés européennes créées les démentiront.

## **La “Societas Europeas”**

Prof. Dott. Giuseppe Alberto Rescio

*Notaio in Milano*

*Docente di Diritto Commerciale all’Università di Trento*

### **Prima lettura**

(studio approvato dalla Commissione Studi Unione Europea del Consiglio Nazionale del Notariato)

#### ***1. Un parto difficile***

L’8 ottobre 2001 il Consiglio dell’UE vara il Regolamento relativo allo statuto della Società europea (SE), pubblicato sulla GUCE il 10 novembre 2001, e destinato ad entrare in vigore l’8 ottobre 2004.

Ciò rappresenta la tappa finale – almeno a livello comunitario – di un percorso iniziato nel 1966 con un primo progetto redatto da un gruppo di esperti nominati dalla Commissione Europea e poi confluito in una proposta di regolamento nel 1970, modificata nel 1975 e quindi abbandonata.

La sua ripresa in considerazione avviene soltanto nel 1989 e si conclude con il regolamento n. 2157/2001.

L’originaria proposta di regolamento mirava alla identificazione di un tipo societario a sé stante, modellato sulla s.p.a., ma europeo in senso “forte” in quanto dotato di disciplina uniforme indipendente dai luoghi di costituzione, di collocazione della sede e di esercizio dell’attività. A tal fine si riteneva giustamente doveroso elaborare in sede comunitaria una normativa autosufficiente, cioè non necessitante di integrazione esterna mediante rinvii alle legislazioni nazionali: il che si traduceva in una normazione comunitaria assai accurata e dettagliata, distribuita in ben 284 articoli.

L’impraticabilità politica di tale soluzione – a causa delle cospicue differenze tra i vari ordinamenti coinvolti specie sui gruppi di società e sulla partecipazione dei lavoratori (con la nota contrapposizione tra la Germania e gli altri Paesi) – ha però determinato prima la quiescenza e poi il ripensamento del progetto.

La cui ripresa, sul finire degli anni ottanta, avviene con il diverso obiettivo di realizzare una disciplina della SE solo parzialmente uniforme e considerevolmente sfoltita (gli articoli sono ora 70), perché in larga parte completata con il rinvio alle leggi locali.

Tale rinvio viene ora ritenuto praticabile in vista del notevole ravvicinamento dei vari sistemi europei conseguente all'attuazione delle direttive comunitarie in tema di società per azioni: convinzione espressa nel nono "considerando", con il richiamo – nel ventinovesimo – ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

## **2. *Crescerà bene il neonato?***

Tuttavia non si può al riguardo fare a meno di notare che il ravvicinamento non ha eliminato rilevanti differenze tra gli ordinamenti, e ciò a causa delle numerose scelte opzionali concesse dalle direttive. Esse, ovviamente, si traducono in altrettante potenziali differenze di disciplina tra le SE localizzate nei vari Stati dell'UE. Tanto che già si discute se la SE costituisca un tipo a sé stante o piuttosto si risolva in tanti tipi diversi quanti sono i singoli Stati membri: ad un primo sguardo parrebbe in effetti di trovarsi di fronte ad un modello o "tipo generale" incompleto di stampo comunitario, da concretizzarsi nelle varianti o "tipi specifici" che realizzeranno i vari ordinamenti statali.

L'alta frequenza dei rinvii alle leggi nazionali causa, perciò, non pochi problemi e inconvenienti. Qualche riflessione si impone.

I soci e i terzi, creditori e investitori, fanno i conti con uno schema societario dai caratteri "sfuggenti" in quanto emergenti da un complicato intreccio di:

- (a) norme comunitarie regolamentari,
  - (b) norme locali appositamente dettate per la SE,
  - (c) norme locali di rinvio esplicito o implicito (cioè agenti in materie non normate in tutto o in parte dal regolamento),
  - (d) disposizioni create dall'autonomia statutaria, a loro volta distinguibili in:
    - (d1) disposizioni statutarie espressamente autorizzate dal regolamento,
    - (d2) disposizioni statutarie autorizzate dalla legge locale di rinvio;
- con la necessità, quindi, di verificare le precedenze e risolvere i conflitti, ricorrendo al fondamentale e complesso art. 9 del Regolamento (che peraltro segue uno schema non nuovo, in quanto inaugurato con il Regolamento n. 85/2137/CEE sul GEIE).

Pare evidente che quanto precede si traduce in un forte disincentivo all'adozione della SE.

E' anche vero, peraltro, che la maggiore vicinanza di alcuni ordinamenti rispetto ad altri potrebbe condurre ad un uso selettivo dei "tipi specifici" di SE, facendovi ricorso per lo più quando le imprese coinvolte nel processo di costituzione siano regolate da sistemi giuridici assai vicini. Il che, se da un lato potrebbe portare a spiacevoli fenomeni di discriminazione, dall'altro potrebbe beneficamente spingere ad attenuare sempre più la distanza tra gli ordinamenti, riducendo lo spazio opzionale consentito dalle direttive.

Sempre alta rimane poi la probabilità che le differenze in discorso incentivino l'uso deterioro del nuovo modello. Si intende dire che la creazione della SE e/o il trasferimento della sua sede sociale (eventualmente successivo alla costituzione, quando non possa essere fatto contestualmente, come in caso di trasformazione: art. 37, comma 3) potrebbero essere ispirati dal fine di sfuggire all'applicazione di particolari norme di rinvio dell'ordinamento di partenza, per sfruttare quelle dell'ordinamento di arrivo, ove meno rigorose o comunque apportanti benefici prima non consentiti: si pensi, per esempio, al desiderio di sottrarsi alla disciplina italiana sulla salvaguardia del capitale o a quella tedesca sui gruppi; o ancora si pensi alle *chances* offerte dalle azioni al portatore negli ordinamenti che le ammettono in via generalizzata.

Da quest'ultimo punto di vista la SE può bensì finire per stimolare l'ulteriore ravvicinamento tra i sistemi europei, ma – in difetto di adeguati controlli in sede comunitaria – in una pericolosa *race to the bottom*.

### **3. *Il problema del coinvolgimento dei lavoratori***

Proprio per evitare che la SE offra il destro a una “fuga” delle s.p.a. dai Paesi che, come la Germania, hanno o intendono introdurre norme sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione della società, il Regolamento n. 2157/2001 è stato varato in contemporanea con l'approvazione della Direttiva 2001/86/CE sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

Il rinvio della entrata in vigore del Regolamento sino al 2004 si giustifica, per l'appunto, con lo scopo di consentire ai legislatori nazionali di attuare tale Direttiva ed approntare i meccanismi necessari alla costituzione e al funzionamento della SE: e ciò sul presupposto che Regolamento e Direttiva richiedano di essere applicati contemporaneamente (così il ventiduesimo “considerando”). La legge 1 marzo 2002, n. 39, ha delegato il Governo ad emanare entro un anno il decreto legislativo di attuazione in Italia della sopra richiamata Direttiva.

Va tenuto presente che il coinvolgimento dei lavoratori è affidato, in prima battuta, ad un negoziato tra gli organi direttivi delle società coinvolte e le rappresentanze sindacali, pur essendo comunque prevista una tutela minima – in termini di informazione e consultazione dei lavoratori – assicurata anche in caso di fallimento del negoziato.

Quanto alla vera e propria partecipazione dei lavoratori all'organo amministrativo, essa è prevista solo quando già sussista in almeno una delle società coinvolte e sempre che il numero dei dipendenti di tale società raggiunga una certa soglia (25% o 50% del numero totale dei dipendenti, a seconda che la SE sia costituita per fusione o per creazione di Holding o di affiliata).

#### 4. *Le imprese promotrici della SE*

Il “tipo generale” SE si rivolge alle imprese, presumibilmente di medio-grandi dimensioni già operanti su scala europea. Benché il tredicesimo “considerando” dichiari che non si intende ostacolare la costituzione di SE da parte di imprese medio-piccole (PMI), ciò pare *prima facie* assai poco probabile.

Più precisamente, lungi dal costituire un modello fruibile da qualsiasi interessato, la SE può nascere soltanto in base ad esigenze e a presupposti rivelati dalle modalità di costituzione tipizzate nell’art. 2. Si può così avere soltanto:

- a) la **fusione** tra (sole) società per azioni con sede e amministrazione centrale in Stati membri differenti: SE sarà la società risultante dalla fusione ovvero la incorporante;
- b) la **creazione di una Holding**, cioè di una società madre controllante a cui trasferire (per conferimento) le azioni o quote di società per azioni o a responsabilità limitata con sede e amministrazione centrale in Stati membri differenti ovvero nello stesso Stato ma (da almeno due anni) con affiliate o succursali in altri Stati membri: SE sarà la Holding generata dalle società figlie;
- c) la **creazione di una affiliata** – vale a dire una società partecipata e controllata in comune – da società *ex art. 48*, comma 2, Trattato CE o da altri enti pubblici o privati che si trovino nelle condizioni sopra descritte per la SE Holding: SE sarà qui l’affiliata;
- d) la **trasformazione** della (sola) s.p.a. che da almeno due anni abbia un’affiliata in un altro Stato membro della UE: soltanto in questa ipotesi (oltre che nel caso di fusione per incorporazione) la SE sarà non una nuova società, bensì una nuova veste organizzativa per un soggetto giuridico già esistente e persistente.

Non del tutto condivisibile risulta la ragione per cui non si è consentito alle s.r.l. di costituire SE per fusione o per trasformazione: il che senz’altro si traduce in un ostacolo alla fruizione dei vantaggi del tipo da parte delle PMI. La ragione parrebbe consistere nella volontà di evitare complicazioni derivanti da una scarsa armonizzazione delle normative nazionali, essendo la materia delle s.r.l. non sempre ricompresa nel raggio d’azione delle direttive (ed infatti la direttiva in tema di fusione riguarda esclusivamente le società per azioni).

Va inoltre precisato che l’art. 3 espressamente riconduce la SE alla società per azioni in ordine alla possibilità, per le stesse SE, di dar luogo ad altre SE mediante fusione e costituzione di Holding e affiliate, queste ultime anche come unipersonali.

## 5. *Le caratteristiche fondamentali della SE*

Nel passare ad uno sguardo panoramico sulle caratteristiche della SE, conviene richiamare le disposizioni generali (artt. 1-14) e quelle sulla sua struttura (artt. 38-60), completate dalle stringate norme – essenzialmente di rinvio – sui conti e sullo scioglimento, liquidazione, insolvenza, cessazione dei pagamenti (artt. 61-66).

Le disposizioni generali disegnano la SE come una società provvista di personalità giuridica e inquadrabile nel modello della società per azioni: i suoi soci, infatti, rischiano esclusivamente il capitale sottoscritto, il quale – di misura non inferiore a euro 120.000 – è suddiviso in azioni.

La sua sede deve essere posta all'interno della Comunità e nello stesso Stato in cui si trova l'amministrazione centrale: ciò al fine di determinare con certezza la legge nazionale applicabile alla SE, evitando il noto conflitto tra teoria della "sede sociale" e teoria della "sede legale".

La SE, la cui sigla deve comparire all'inizio o alla fine della denominazione, è soggetta a iscrizione nel registro delle società localmente esistente (in luogo dell'apposito registro europeo ipotizzato dalla prima proposta di regolamento): tale iscrizione e l'eventuale cancellazione sono anche da pubblicare nella GUCE.

L'iscrizione ha valore costitutivo della personalità giuridica: il che, nelle ipotesi di SE Holding o affiliata, pone il noto problema di ricostruzione della situazione giuridica precedente all'iscrizione. Sul punto l'art. 16 si limita a disporre che, qualora siano compiuti atti in nome della SE prima della sua iscrizione e dopo l'iscrizione la SE non li assuma a proprio carico, ne rispondono solidalmente e illimitatamente coloro che li hanno compiuti salva convenzione contraria. Si può prevedere che su tale norma – e sui rapporti con il nuovo art. 2331 c.c., quale emergerà dalla riforma societaria in corso - si svilupperà un intenso lavoro interpretativo. Dall'analisi della sola disposizione comunitaria sembra potersi dedurre che:

- l'assunzione degli obblighi da parte della SE iscritta (non si precisa ad opera di quale organo: ciò dipenderà dalle normative interne) libera automaticamente chi ha agito;
- tale assunzione è facoltativa ed è una *condicio sine qua non* per il prodursi dell'effetto liberatorio verso chi ha agito (salvo che questi sia liberato in forza di diversa convenzione con il terzo), senza che possa distinguersi tra atti necessari e non necessari per la costituzione e che possano riconoscersi obblighi posti direttamente a carico della società, pur in mancanza di una ratifica o altra forma di assunzione degli obblighi.

## 6. *La struttura organizzativa della SE*

Circa le regole di governo societario in senso stretto, va in primo luogo notato che nella configurazione delle funzioni di gestione e controllo la SE si giova della alternativa, a disposizione degli interessati, tra sistema dualistico e sistema monistico: con ciò rispettando le esperienze maturate in tema di società per azioni nei diversi sistemi europei e riconoscendo che non esiste un modello di *governance* vincente in astratto, bensì due modelli tra cui scegliere e da contribuire a conformare in vista delle varie esigenze e dei diversi contesti di impresa.

Nel **sistema dualistico** coesistono un organo di direzione con funzioni gestorie (art. 39) ed un organo di vigilanza con esclusiva funzione di controllo della gestione (art. 40): tali organi devono essere composti da soggetti necessariamente diversi.

All'interno dell'organo di direzione sono ammesse, se la legislazione locale lo consente, le deleghe gestorie, con le debite conseguenze sull'atteggiarsi della responsabilità dei componenti dell'organo. Nomina e revoca dei direttori spettano all'organo di vigilanza, salvo che la legge locale o lo statuto da questa autorizzato affermino la competenza dell'assemblea in materia.

All'assemblea, salvi i diritti di partecipazione dei lavoratori quando sia il caso, spetta invece la nomina dei membri dell'organo di vigilanza, al quale la direzione deve riferire almeno ogni tre mesi sull'andamento degli affari sociali e sulla loro probabile evoluzione nonché, in tempo utile, sugli avvenimenti che possono avere ripercussioni sensibili sulla situazione della SE. All'organo di vigilanza comunque spetta il potere di chiedere ragguagli e di procedere a verifiche e ispezioni.

Nonostante che l'art. 40, comma 1, escluda il compimento di atti gestori da parte dell'organo di vigilanza, l'art. 48 consente che lo statuto della SE subordini il compimento di alcune operazioni gestorie all'autorizzazione dell'organo di vigilanza; e addirittura si ammette che la norma interna possa riservare un tale potere all'iniziativa dell'organo di vigilanza (il che rappresenta un noto punto critico e discusso del sistema dualistico di stampo germanico).

Nel **sistema monistico**, caratterizzato dalla presenza di un unico organo gestorio, con le possibili deleghe permesse dalla legislazione interna, si riscontra un ampio rinvio a quest'ultima. Si richiede inderogabilmente soltanto:

- che il numero dei membri non sia inferiore a tre, se vi è necessità di assicurare la partecipazione dei lavoratori;
- che la nomina dei membri avvenga da parte dell'assemblea, sempre salve le ipotesi di "cogestione";
- che l'organo debba riunirsi almeno ogni tre mesi.

Conviene qui ricordare che, indipendentemente dal sistema prescelto, si fa pieno rinvio alle legislazioni nazionali, anche per quanto concerne la contabilità e i bilanci annuali e consolidati, il loro controllo e la relativa pubblicità (art. 61). Ne deriva che, alla luce dei cambiamenti introdotti dalla riforma delle società di capitali in corso di attuazione,

- nelle SE con sede in Italia che sceglieranno il sistema monistico si potrà optare per il collegio sindacale ovvero per la nomina alternativa di un comitato per il controllo sulla gestione interno al consiglio di amministrazione;
- nelle SE con sede in Italia che sceglieranno il sistema dualistico il controllo dell'organo di direzione sarà effettuato dall'organo di vigilanza;

in ogni caso dovendosi affidare il controllo contabile ad un revisore esterno o ad una società di revisione, quando esso non sia affidato, per scelta statutaria, al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza.

Nel mettere in risalto le differenze tra la normativa europea e quella italiana, si può sottolineare che i componenti degli organi non possono durare in carica più di sei anni (salva rielezione), che essi possono anche essere entità giuridiche (se ciò non sia vietato dalla legge interna) che dovranno designare il loro rappresentante, persona fisica, all'interno dell'organo, e infine che, salva diversa disposizione statutaria (prevalente su di una eventualmente confliggente norma interna), il *quorum* costitutivo è pari alla metà dei membri, mentre il *quorum* deliberativo è pari alla maggioranza dei presenti, con prevalenza del voto del presidente in caso di parità.

Tutti i componenti dei vari organi sono responsabili dei danni causati alla SE a seguito dell'inadempimento ai loro obblighi secondo quanto stabilito dalle norme interne.

## **7. Le disposizioni sull'assemblea**

Poche sono le norme regolamentari specificamente dedicate all'assemblea, per la quale vale per lo più il rinvio alle norme interne circa l'organizzazione, lo svolgimento e la votazione.

Si stabilisce il termine massimo della prima assemblea annuale entro diciotto mesi dalla costituzione, mentre le successive sono da tenersi entro sei mesi dalla chiusura di ogni esercizio. Si prevede il diritto delle minoranze rappresentative del 10 % del capitale (soglia che lo statuto o la norma interna possono abbassare) di convocare l'assemblea e di stabilirne o integrarne l'ordine del giorno. Il *quorum* deliberativo assembleare, salva diversa norma interna, è pari alla maggioranza dei voti validamente espressi (art. 57), al netto delle astensioni (art. 58); ma risulta

rafforzato per le modificazioni statutarie: due terzi dei voti espressi (salva diversa norma interna o disposizione statutaria da questa ammessa).

In caso di presenza di diverse categorie di azioni, si riproduce il noto sistema delle assemblee speciali: la delibera dell'assemblea generale è subordinata, nella sua efficacia, a conforme delibera dell'assemblea speciale presa con le stesse maggioranze previste per l'assemblea generale (art. 60).

Sui temi dello scioglimento, liquidazione, insolvenza e cessazione dei pagamenti, si fa pieno rinvio alle normative locali, aggiungendosi una speciale causa di scioglimento (art. 64) in dipendenza della collocazione - durante la vita della società europea - dell'amministrazione centrale in uno stato diverso da quello in cui è situata la sede legale e della mancata regolarizzazione della situazione nel termine che ogni stato membro stabilirà.

Infine si ammette che la SE possa trasformarsi in società per azioni interamente regolata dalla legge locale, ma non prima di due anni dalla costituzione e dalla approvazione dei primi due bilanci di esercizio. La trasformazione è deliberata dall'assemblea e debitamente pubblicizzata, previa redazione di un progetto da parte dell'organo amministrativo e l'attestazione di un esperto circa l'esistenza di un capitale reale non inferiore al nominale.

### **8. La costituzione della SE per fusione.**

Alla costituzione della SE è dedicato il titolo II, comprensivo degli articoli da 15 a 37, del Regolamento: indubbiamente il settore normativo di maggior interesse per il notaio italiano che venga incaricato della costituzione di una SE con sede in Italia.

Innanzitutto il notaio italiano dovrà assolvere le incombenze che la legge italiana pone a suo carico nella costituzione di una società per azioni (art. 15): redazione e controllo dell'atto costitutivo e dello statuto, controllo delle condizioni per la costituzione e deposito per l'iscrizione, costitutiva della personalità giuridica, nel registro delle imprese.

A ciò si aggiungono quegli atti, quei controlli e quelle attestazioni richieste dal particolare procedimento costitutivo prescelto.

In caso di fusione, il notaio dovrà far capo in primo luogo alle norme regolamentari di cui agli articoli 17-31, nonché in secondo luogo, per le materie e gli aspetti non regolati, alla normativa italiana sulla fusione; senza peraltro trascurare eventuali norme interne che appositamente verranno emanate per la società europea (v., tra gli altri, l'articolo 19, sulla introducibilità di una specifica opposizione alla fusione da parte di una autorità competente per motivi di interesse pubblico: ad esempio, l'autorità *antitrust*).

Il progetto di fusione, redatto dagli amministratori, ha il contenuto minimo predeterminato dall'art. 20: l'informazione relativa, ai soci e ai terzi, dev'essere assicurata ai sensi dell'art. 21, mentre il rapporto di cambio va valutato da uno o più esperti indipendenti nominati da una autorità giudiziaria o amministrativa su richiesta, anche congiunta, delle società interessate.

Va peraltro ricordato che la fusione può presentarsi in forma semplificata quando l'incorporante detenga tutte le azioni con diritto di voto (quindi, non necessariamente tutto il capitale) nella incorporata. Se poi il possesso delle azioni con diritto di voto arriva al 90% del totale, la semplificazione è ammessa se lo consente la legge locale: e la legge italiana si appresta a consentirlo alle condizioni previste nel progettato nuovo art. 2505-bis c.c., e cioè purché si conceda ai soci di minoranza il diritto di far acquistare le proprie azioni dai soci di maggioranza.

Il progetto dovrà essere approvato dall'assemblea generale di ogni società: anche qui, come nell'attuale art. 2502 c.c., la lettera della legge (art. 23 ) non sembra consentire variazioni, apportate in assemblea, al progetto di fusione; ma non si può escludere che in via interpretativa si possa giungere a soluzioni di limitata modificabilità per gli aspetti che non incidono sui diritti dei terzi e dei soci non assenzienti (sempre che tale via – ora ammessa esplicitamente dall'art. 2502 *post* riforma - risulti percorribile da tutte le società interessate alla fusione).

Anche per la tutela di creditori, obbligazionisti e portatori di titoli diversi dalle azioni si fa rinvio alle leggi nazionali (tra loro molto diverse sul punto): *ergo*, per quanto di competenza, alle norme italiane sulla opposizione dei creditori.

Vale la pena sottolineare che il regolamento non pone termini di alcun genere nell'ambito del procedimento: esso rinvia, dunque, anche sotto questo profilo, alle leggi locali e ai problemi interpretativi che esse pongono (sono quei termini in tutto o in parte derogabili, come dichiarano espressamente le nuove disposizioni sulla fusione contemplate nel progetto italiano di riforma? vi è un termine complessivo entro il quale il procedimento deve chiudersi?). Dal punto di vista pratico, inoltre, la presenza di termini diversi nei vari ordinamenti può essere fonte di difficoltà operative, specie quando si pongano stringenti termini massimi entro i quali devono essere realizzati gli atti tipici del procedimento di fusione (in Spagna, ad esempio, il progetto di fusione deve essere approvato entro sei mesi dalla sua redazione).

Tornando ora ai compiti del notaio italiano, egli, verificata la legittimità delle delibere e dell'intero procedimento di fusione nonché la mancanza di opposizione dei creditori (o la tacitazione dei creditori opposenti), dovrà rilasciare un apposito "certificato attestante in modo concludente l'adempimento degli atti e delle formalità preliminari alla fusione". Tale certificato, in base all'articolo 25, comma 2, dev'essere rilasciato da un organo giurisdizionale, da un notaio o da altra autorità competente: detta autorità, in Italia, non potrà che essere la figura – il notaio verbalizzante - a cui è già demandato il controllo successivo di legittimità della

deliberazione di fusione, che implica e assorbe il controllo sulla fase antecedente alla deliberazione, ai fini del giudizio sulla esistenza delle condizioni per la iscrizione della delibera di fusione nel registro delle imprese.

Va infatti notato che il ricorso al “certificato” attestante la regolarità del procedimento trova giustificazione nella prospettiva transnazionale dell’operazione concernente la SE: esso è previsto là dove il procedimento si articola in atti giuridici da far valere – in vista del completamento del procedimento - in Paesi diversi da quelli in cui sono compiuti (così nel caso di fusione, costituzione di Holding, trasferimento della sede all’interno della UE), non invece quando l’intero procedimento si esaurisce all’interno di un singolo Paese (come nel caso di costituzione di un’affiliata o di trasformazione in SE). A ben vedere, il controllo (notarile) da effettuarsi attraverso il suddetto “certificato” presenta una marcata affinità con il controllo (notarile) di legalità effettuato in sede di deposito, presso il notaio italiano, di atti pubblici formati all’estero e da far valere in Italia: con la differenza che in quest’ultimo caso il notaio italiano è l’autorità di controllo degli atti nell’ordinamento di arrivo, mentre nei procedimenti riguardanti la SE che contemplano la certificazione in esame il notaio italiano si porrebbe come l’autorità di controllo nell’ordinamento di partenza, affinché quei procedimenti possano completarsi all’estero confidando nella piena osservanza della normativa interessata.

Ci si potrebbe semmai chiedere se non sia opportuno prevedere che, ove il notaio rifiuti il rilascio del certificato, questo possa essere rilasciato dal giudice, il quale - richiesto dalla società interessata - sia di diverso avviso e ritenga che nulla osti al suo rilascio. Si potrebbe, cioè, fare opportunamente ricorso a norma analoga a quella attualmente esistente per il caso di rifiuto di iscrizione della delibera modificativa dello statuto: naturalmente ciò richiederebbe una apposita norma interna di adeguamento.

Tale soluzione avrebbe a suo vantaggio il merito di una maggiore accuratezza nel rilascio del certificato rispetto alla soluzione alternativa, forse pure praticabile, di affermare la competenza esclusiva al riguardo da parte del notaio: il quale, ancorché ritenesse insussistenti le condizioni per l’iscrizione della delibera e per il rilascio del certificato, non potrebbe continuare a rifiutarsi di rilasciare il certificato dopo che il giudice dell’omologazione – a cui si sia fatto ricorso a seguito della mancata iscrizione della delibera – ne abbia ordinato la iscrizione nel registro delle imprese (sempre che non vi siano circostanze successive, come la opposizione dei creditori, idonee a bloccare la fusione). V’è però da dire che quest’ultima soluzione, a differenza della prima, creerebbe alcuni problemi interpretativi sia nel caso in cui il notaio venisse a conoscenza, successivamente all’iscrizione della delibera, di circostanze ostative al certificato non note e/o non considerate dal notaio o dal giudice al momento della richiesta o dell’ordine di iscrizione, sia nel caso in cui si ravvisino circostanze ostative al rilascio del certificato che invece non

ostino all'iscrizione della delibera di fusione (ammesso che ciò sia possibile con riferimento a circostanze anteriori o contestuali alla delibera di fusione).

Inoltre l'autonomia della fase del rilascio del certificato rispetto alle fasi precedenti aiuta anche a meglio affrontare le conseguenze, in merito, della impugnazione della delibera di fusione. Sembra a chi scrive che l'autorità competente al rilascio del certificato debba rifiutarne il rilascio soltanto nel caso di sospensione dell'efficacia della delibera di fusione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 2377, comma 4, c.c.; mentre in ogni altro caso detta autorità – ove valuti l'impugnazione come pretestuosa o comunque infondata - può, sotto la propria responsabilità, rilasciare ugualmente il certificato.

Per tutte le ragioni che precedono deve reputarsi preferibile scindere nettamente i due momenti del controllo/iscrizione della delibera di fusione e del rilascio del certificato, introducendo anche per quest'ultimo, accanto alla competenza notarile di primo momento, una competenza giurisdizionale concorrente, subordinata al rifiuto (motivato) del rilascio del certificato da parte del notaio entro un termine predeterminato.

In alcuni Paesi, come in Germania, sono previste procedure di controllo e modifica del rapporto di cambio ovvero meccanismi di compensazione a favore di azionisti di minoranza svantaggiati, da attuarsi successivamente alla fusione. In tali casi il certificato, se emesso, dovrà menzionare che sono in corso le ricordate procedure; ed inoltre, se le altre società coinvolte sono regolate da leggi che non prevedono quelle procedure, vi si potrà ricorrere unicamente se queste ultime società le accettino espressamente (art. 25).

I compiti del notaio italiano normalmente si fermeranno a quanto sinora osservato se la SE risultante dalla fusione non ha sede nello Stato italiano. In caso contrario la sua competenza si estenderà presumibilmente sino al termine del procedimento di costituzione per fusione, per controllarne la legittimità complessiva: anche qui invero l'art. 26 demanda la funzione a un organo giurisdizionale, a un notaio o ad altra autorità competente; ma anche qui ragioni di coerenza sistematica e di opportunità, analoghe a quelle precedentemente esposte, depongono per il riconoscimento della competenza del notaio (che qui, anzi, non pare surrogabile in alcun modo, poiché il perfezionamento del procedimento passa, in Italia, attraverso la fase negoziale della stipula dell'atto di fusione).

Al notaio dovranno allora pervenire i certificati di regolarità dei procedimenti relativi a tutte le società estere coinvolte nella fusione (entro sei mesi dal loro rilascio) nonché una copia del progetto approvato da ognuna, onde poterne verificare l'assenza di difformità e la definizione delle modalità di coinvolgimento dei lavoratori.

Si potrà a questo punto procedere all'atto di fusione, al quale il Regolamento non dedica cenni espliciti, ma la cui necessità – per le costituzioni per fusione di SE con sede in Italia – è deducibile dall'art. 26, comma 4, dove si trova scritto che, ricevuti

i certificati e svolte le verifiche descritte, l'autorità di controllo "si accerta...che la costituzione della SE sia conforme alle condizioni stabilite dalla legge dello Stato della sede sociale": e la legge italiana richiede, appunto, l'atto pubblico di fusione (come avviene anche in altri ordinamenti europei, quali quelli spagnolo e tedesco, ma non in tutti).

Precisa l'art. 27 che fusione – e, dunque, estinzione delle società fuse o incorporate – e costituzione della SE (o assunzione di tale veste da parte della incorporante) prendono effetto dalla data di iscrizione nel registro nazionale competente, che per noi è il registro delle imprese, ancorché debba seguirne la pubblicazione, oltre che nella GUCE, anche nei registri degli altri Stati interessati in base alla nazionalità delle società coinvolte.

L'art. 30 prevede poi una rimarchevole regola in tema di invalidità o irregolarità intercorse nel procedimento di fusione: se la fusione non può più essere posta in discussione una volta che la SE sia stata iscritta (il che è conforme al dettato dell'art. 2504-*quater* c.c.), la responsabilità per i danni causati con la fusione irregolare potrebbe non esserne l'unica conseguenza. Ove mancasse il controllo di legittimità previsto dagli artt. 25 e 26, la SE risultante dalla fusione potrebbe andare incontro allo scioglimento, se così disponesse la legge interna. Il rinvio alla legge interna si deduce dall'art. 30, comma 2, secondo cui la mancanza del controllo di legittimità non direttamente causa lo scioglimento della SE, bensì "può essere annoverata tra i motivi di scioglimento", nonché dall'art. 63, che in generale rinvia alla legge interna per ciò che concerne l'applicazione alla SE delle stesse regole sullo scioglimento previste per ogni s.p.a.. E così, ad esempio, la legge interna potrebbe prevedere lo scioglimento della SE se facesse difetto il certificato di cui all'art. 25 o se questo non fosse emesso dall'autorità competente ovvero con il contenuto richiesto; quanto sopra sembra invece escludere che la legge interna possa introdurre ulteriori cause di scioglimento non previste per le s.p.a. e non dipendenti dalla mancanza del controllo di legittimità nei termini di cui agli artt. 25 e 26.

## **9. *La costituzione della SE Holding***

Al procedimento di costituzione per fusione attingono, per la relativa regolamentazione, le altre modalità costitutive della SE.

Anche nella costituzione della SE Holding si parte da un progetto redatto dagli organi amministrativi delle società coinvolte, che illustri – oltre alle motivazioni economiche dell'operazione – gli aspetti giuridici relativi, con particolare attenzione allo statuto della SE e al rapporto di cambio: quante azioni della SE Holding ricevono i soci delle società costituenti in cambio delle loro azioni o quote di partecipazione alle società costituenti, conferite alla Holding.

In effetti l'operazione costitutiva in esame passa attraverso una modifica organizzativa societaria simile a quella che si verifica in una fusione in senso stretto, simile soprattutto per la unificazione delle compagini sociali delle società costituenti in seno alla società da queste generata, con la differenza che:

- a) le società costituenti, dette anche promotrici, qui non si fondono e non si estinguono né si sciolgono;
- b) le azioni o quote di partecipazione al loro capitale non si annullano ma si conferiscono nella Holding in una misura che deve essere superiore al 50% del capitale votante in ciascuna delle società promotrici, di modo che la Holding le potrà controllare di diritto.

Il progetto deve pubblicarsi almeno un mese prima dell'assemblea di approvazione e, come nella fusione, il rapporto di cambio dovrà essere valutato da uno o più esperti.

Intendendo in questa sede dar conto delle particolarità del procedimento in discorso rispetto a quello di fusione, va in primo luogo posto in rilievo il termine di tre mesi entro il quale i soci delle società promotrici possono manifestare il loro intento di conferire alla SE le azioni o quote rispettivamente possedute nelle costituenti. Se ne deve ricavare che la delibera assembleare di per sé non obbliga il socio, neanche quello assenziente, a trasferire in tutto o in parte la propria partecipazione sociale alla Holding e che il raggiungimento della soglia minima prevista al riguardo dal progetto, comunque non inferiore al minimo precedentemente ricordato, è condizione *sine qua non* per potersi procedere alla costituzione della SE (cfr. art. 33). Raggiunta la soglia nel termine trimestrale stabilito dal regolamento, i soci che non hanno ancora dichiarato di voler conferire le loro azioni o quote dispongono ancora di un mese per poterlo fare. Nel silenzio della legge deve ritenersi che tale possibilità sia estesa a tutti i soci, anche ai dissenzienti.

Alla luce di quanto precede pare chiaro che si può dar luogo alla costituzione della SE anche se non tutte le azioni o quote nelle promotrici vengano conferite alla Holding. Nulla dice peraltro il regolamento in ordine alle azioni della SE che residuano dopo la distribuzione ai soci conferenti – in ipotesi, non tutti i soci delle società promotrici - delle azioni loro spettanti in base al rapporto di cambio definito nel progetto. Le alternative, in teoria, non possono che essere due: o si procede alla distribuzione delle azioni ai soci conferenti in via proporzionale tra loro in modo da non alterare la rispettiva misura di partecipazione al capitale; o, nel rispetto dei limiti di legge, si mantengono le nuove azioni non distribuite nel portafoglio della società emittente: soluzione, quest'ultima, che però qualcuno potrebbe forse (ma probabilmente a torto) ritenere non in armonia con il divieto – sancito dall'art. 2504-ter c.c. nel “vicino” caso della fusione - di assegnazione di azioni proprie alla

società risultante dalla fusione. Al riguardo sembra consigliabile una apposita norma interna.

Dal momento che l'art. 33, comma 3 e 5, impone un rigoroso accertamento delle condizioni esposte per potersi dar luogo prima alla relativa pubblicità in ogni Paese interessato e poi alla costituzione della SE, diventa opportuna una norma interna di adattamento che preveda anche qui il rilascio di un certificato notarile di verifica delle condizioni fissate dal regolamento e propedeutico alla pubblicità di cui al comma 3. Così come sarebbe opportuna una norma interna che confermi, nel nostro ordinamento, la necessità dell'atto pubblico costitutivo della SE Holding, da perfezionarsi ad opera dei soli rappresentanti legali delle società promotrici (e non dei soci conferenti), propedeutico all'iscrizione della SE di cui al comma 5. Saranno poi gli amministratori della SE a rilasciare ai soci conferenti le azioni della SE ad essi spettanti in base al rapporto di cambio stabilito e alle adesioni intervenute.

### ***10. La costituzione di SE affiliata e la trasformazione in SE***

Poco v'è da dire sulla costituzione di una SE affiliata. Nella sezione di regolamento ad essa dedicata, infatti, l'unica disposizione di disciplina è contenuta nell'art. 36, il quale si limita ad un rinvio totale alle norme nazionali sulla costituzione di s.p.a.. Dei vari procedimenti costitutivi di SE, il presente appare senz'altro come il più semplice e il più agevole da utilizzare in Italia.

Al notaio italiano incaricato della costituzione non resterà altro che verificare la idoneità, da parte dei soggetti giuridici interessati, a dar luogo ad una SE affiliata alla stregua dei presupposti fissati dall'art. 2, comma 3, del regolamento, nonché la conformità dell'atto costitutivo e dell'allegato statuto alle norme di riferimento comunitarie (per quanto alla struttura della SE e al coinvolgimento dei lavoratori) e nazionali, con l'ordinario controllo delle condizioni per la costituzione di una s.p.a., seguito dalla realizzazione della pubblicità relativa.

Si ritorna, invece, alla disciplina regolamentare di un procedimento interno alla società interessata, allorché la si voglia trasformare in SE, procedimento articolato in: redazione del progetto da parte dell'organo amministrativo, con annessa relazione esplicativa, sua pubblicità (almeno un mese prima dell'assemblea), attestazione – ad opera di esperti designati con le stesse modalità stabilite in tema di fusione – circa l'integrità del capitale e delle riserve non distribuibili, approvazione assembleare del progetto e del nuovo statuto (nonché, ove del caso, disponendolo la legge interna, da parte dell'organo ove è organizzata la partecipazione dei lavoratori), pubblicità relativa.

## **11. *Il trasferimento della sede della SE all'interno della UE***

Il lungo art. 8 (si articola in sedici comma) del regolamento disciplina il trasferimento della sede della SE da uno Stato membro ad un altro, sottolineandone il carattere di decisione interna alla società, che non diversamente da qualsiasi altra deliberazione assembleare adottata nell'ottica della continuità operativa dell'impresa sociale, non comporta scioglimento della società (nello Stato di partenza) né costituzione di una nuova società (nello Stato di arrivo).

L'importanza della norma si coglie in relazione alle incertezze e alle diversità di soluzioni che nei vari Paesi, anche all'interno della UE, accompagnano il tema del trasferimento di sede sociale all'estero: essa obiettivamente si pone come punto di riferimento e come disposizione trainante per l'acquisizione del principio generale per cui all'interno dell'UE il trasferimento di sede di qualsiasi società – e più oltre: di qualsiasi soggetto giuridico – mai dovrebbe comportare un fenomeno di scioglimento/nuova costituzione né a fini privatistici né a fini fiscali.

Sotto quest'ultimo profilo, quello tributario, e proprio con riguardo alla SE, i legislatori nazionali – pur senza esservi obbligati, posto che il regolamento non verte sulla materia fiscale, come precisa il ventesimo considerando – sono naturalmente e implicitamente invitati ad adeguare anche la normativa tributaria al fine di evitare che una disposizione rilevante come quella in esame trovi ostacoli tali da mutarla in lettera morta.

Ciò brevemente premesso, è bene anche precisare che il legislatore comunitario non considera certo il trasferimento della sede in altro Stato dell'UE decisione priva di rilevanti conseguenze per soci e terzi interessati alla SE (basti a tal fine ricordare che la sede determina l'applicazione di tutta la normativa locale sulla s.p.a. e sul coinvolgimento in essa dei lavoratori, e che le differenze tra le normative nazionali portano alcuni a sostenere che esistono tanti tipi di SE quanti sono gli Stati membri, sicché in questa prospettiva il trasferimento della sede equivarrebbe a un cambiamento del tipo sociale): pertanto il relativo procedimento - attuabile solo quando la società non sia in scioglimento, in liquidazione, in stato di insolvenza e simili (comma 15), e non in contemporanea con la costituzione della SE per trasformazione (art. 37, comma 3) - viene circondato di cautele e forme.

Il procedimento inizia con un progetto, redatto dagli amministratori e debitamente pubblicizzato, che oltre alla nuova sede indichi il nuovo statuto della società (reso necessario dalle nuove norme locali che si renderanno applicabili), le implicazioni sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori, il “calendario previsto per il trasferimento” e i “diritti eventualmente previsti a tutela degli azionisti e/o dei creditori” (comma 2). Una relazione esplicativa degli amministratori accompagna il progetto. Il tutto va posto a disposizione dei soci e dei creditori almeno un mese prima dell'assemblea chiamata ad approvare il progetto, la quale comunque non

potrà tenersi prima del decorso di due mesi dalla pubblicazione del progetto per la possibilità di opposizione appresso indicata.

La preoccupazione che vengano tutelati gli interessi sia dei creditori, almeno di quelli sorti prima della pubblicazione del progetto, sia degli azionisti dissenzienti motiva il rinvio, nei comma 5 e 7, ad apposite norme locali di tutela, indispensabili per la protezione dei creditori anteriori alla pubblicazione del progetto e facoltative per quella degli azionisti di minoranza e dei creditori successivi alla pubblicazione del progetto. Inoltre, ma soltanto per motivi di interesse pubblico, la legge interna può conferire ad apposita autorità (si prevede espressamente che tale sia la "autorità nazionale di vigilanza finanziaria" rispetto alle SE soggette al proprio controllo in relazione al loro oggetto finanziario) il diritto di opporsi al trasferimento della sede entro due mesi dalla pubblicazione del progetto: l'opposizione dovrà poter essere vagliata, a seguito di ricorso, dall'autorità giudiziaria (comma 14).

Anche qui la regolarità del procedimento va sancita con il rilascio di un apposito certificato da parte dell'autorità competente, che in Italia sembra da individuarsi nel notaio (salvo l'intervento dell'autorità giudiziaria in ipotesi di rifiuto del notaio) per i motivi in precedenza esposti. Il rilascio del certificato e l'osservanza delle formalità richieste a fini pubblicitari dal Paese di arrivo condizionano la iscrizione nel registro di competenza in base alla nuova sede sociale.

L'iscrizione in quest'ultimo registro ha valore costitutivo (non della personalità giuridica, ma) dell'effetto della delibera: a partire dall'iscrizione, cioè, hanno valore, anche nei rapporti interni tra i soci, il trasferimento nella nuova sede e l'adozione del nuovo statuto sociale (comma 10). L'autorità a cui compete la tenuta del registro di arrivo comunicherà l'avvenuta iscrizione all'autorità che gestisce il registro in cui la SE si trovava iscritta in forza della vecchia sede, e soltanto a seguito di tale notifica verrà cancellata la precedente iscrizione. Sino alla pubblicazione di detta cancellazione ai terzi resta inopponibile il trasferimento di sede, salvo che si provi che essi ne erano a conoscenza (comma 13).

# **Profili della Governance nella Società Europea**

Prof. Avv. Leonardo Di Brina

*Associato di diritto commerciale nell'Università di Venezia*

*Avvocato in Roma*

## **1. Considerazioni introduttive.**

I sistemi di regole che presiedono alla direzione dell'impresa collettiva ed al controllo dell'attività amministrativa sono oggetto di attenzione sempre maggiore da parte dei legislatori, sia in sede nazionale sia in ambito comunitario, nel tentativo di fornire agli operatori economici strumenti di governance adeguabili alle molteplici esigenze dell'impresa. Così, al rigido modello codicistico della società per azioni, fondato sulla tripartizione delle funzioni (assemblea, cui è rimessa la nomina degli altri organi, gestione e controllo), rimasto per lungo tempo inalterato nel nostro ordinamento, si affiancano ora, nella disciplina riformata dal d. legisl. 17 gennaio 2003, n. 6, in attuazione della delega contenuta nella legge 3 ottobre 2001, n. 366, moduli di governance molteplici e flessibili, destinati a fornire risposta alle più diverse necessità di gestione delle imprese.

Il Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che disciplina la Società Europea (SE), ha di poco anticipato la riforma delle società di capitali. Esso si pone come precursore della frantumazione dei modelli di governance, introdotta dalla riforma societaria, con l'attribuzione ai soci della scelta tra il sistema attuale, quello dualistico, di matrice tedesca, e quello monistico, di derivazione anglosassone. Particolare interesse riveste dunque l'analisi dei sistemi di gestione e controllo, introdotti dalla nuova disciplina della SE, che si è posta da noi come antesignana delle novità della riforma.

I sistemi di gestione e controllo della SE, modellati dal Regolamento, rispecchiano tendenzialmente quelli esistenti nei paesi europei. Nel «considerando» n. 14 del Regolamento, premessa l'esigenza di "permettere una gestione efficace della SE, garantendo nel contempo un'attenta vigilanza", si fa espresso riferimento alla circostanza che "esistono attualmente nella Comunità due diversi sistemi (ma, in realtà, i sistemi sono tre, n.d.a.) in cui è strutturata l'amministrazione delle società per azioni". Nello stesso considerando, poi, si esprime l'opzione programmatica di permettere "alla SE di scegliere tra i due sistemi" operando peraltro "una chiara delimitazione tra le responsabilità delle persone incaricate della gestione e quelle incaricate della vigilanza".

Questa premessa trova consequenziale traduzione nel Titolo III (Struttura della SE), art. 38 e seguenti del Regolamento.

Nel delineare la struttura della governance l'art. 38, accanto all'assemblea generale degli azionisti, pone "un organo di direzione affiancato da un organo di

vigilanza (sistema dualistico) o un organo di amministrazione (sistema monistico) a seconda della scelta adottata dallo statuto".

Il Regolamento, rimettendo alla scelta statutaria l'opzione tra i diversi sistemi, riproduce l'impostazione prefigurata dal legislatore comunitario nella controversa proposta modificata di quinta direttiva CEE di armonizzazione del diritto societario, riguardante la struttura delle S.p.a. del 19 agosto 1983 (GUCE, n. C 240 del 5 settembre 1983), modificata ulteriormente con la proposta del 20 novembre 1990. Il problema della scelta del modello di governance, come è noto, è stato (con la connessa questione della partecipazione dei lavoratori agli organi della società) tra i motivi di disaccordo che hanno impedito l'adozione di quella direttiva e che hanno ostacolato - fino al 2001 - anche l'adozione del Regolamento della SE.

È noto come nell'evoluzione della proposta di direttiva, ad una prima impostazione orientata all'adozione di un unico modello, quello «dualistico», tipico del diritto tedesco, fondato sulla distinzione tra l'organo di direzione (Vorstand), incaricato della gestione della società, e l'organo di sorveglianza (Aufsichtsrat), sia seguita nei successivi progetti l'apertura verso il sistema monistico, dei paesi anglosassoni, partendo dal rilievo che anche nei paesi che prevedono un solo organo di amministrazione spesso viene a crearsi una distinzione di fatto tra membri incaricati della gestione e membri il cui ruolo si limita alla sorveglianza, introducendo in tal modo un dualismo tra sub-organi: da una parte, i membri dirigenti e, dall'altra, i membri non dirigenti dell'organo di direzione.

Il Regolamento concernente la SE, quindi, si colloca nell'ambito di una linea riformatrice dei modelli societari, che mira a fornire agli operatori una pluralità di opzioni tra le diverse strutture elaborate dai legislatori europei. La scelta del modello, cui improntare in concreto lo statuto della singola società, è quindi da effettuare sulla scorta delle necessità relative alla specifica situazione della compagine sociale, in funzione di esigenze di maggiore o minore autonomia dell'organo gestorio rispetto all'influenza dei soci nonché delle diverse gradazioni dell'interesse al controllo di legittimità e di merito sulla gestione, da parte di soggetti indipendenti.

Nell'esaminare i vari moduli di gestione e controllo si prenderanno in considerazione i corrispondenti modelli, come delineati dalla nuova disciplina delle società di capitali nel nostro ordinamento

## **2. Il sistema dualistico "puro".**

Al fine di valutare il diverso atteggiarsi dei poteri, nell'ambito dei singoli modelli previsti dal Regolamento, può prendersi l'avvio dal c.d. "sistema dualistico",

fondato sulla distinzione tra organo di direzione e organo di vigilanza. Per quanto riguarda le funzioni, infatti, l'art. 39, paragrafo 1, del Regolamento prevede che "l'organo di direzione gestisce sotto la propria responsabilità la SE", mentre l'art. 40, paragrafo 1, affida all'organo di vigilanza il controllo della gestione ma esclude che possa "esercitare esso stesso il potere di gestione della SE". Il sistema dualistico della SE può pertanto porsi in parallelo con il sistema dualistico degli artt. 2409-*octies* e ss. cod civ., nel quale analoga è la distribuzione delle funzioni. Con riguardo alla nomina dei membri dell'organo gestorio, il Regolamento delinea un sistema base (disciplinato dalla norma regolamentare) ed un modello facoltativo, la cui adozione è rimessa alla scelta dei singoli Stati. Il primo (che qui chiameremo "puro") è quello, di matrice tedesca, che istituisce una diretta derivazione dell'organo di direzione da quello di sorveglianza: "il membro o i membri dell'organo di direzione sono nominati e revocati dall'organo di vigilanza" (art. 39, paragrafo 2). Giova fin d'ora accennare peraltro che, accanto a questo, è delineato un sistema dualistico "misto" scaturente dall'opzione statale. A ciascuno Stato membro infatti è data la possibilità di "stabilire o permettere che lo statuto preveda che il membro o i membri dell'organo di direzione siano nominati e revocati dall'assemblea generale alle stesse condizioni previste per le società per azioni aventi sede nel suo territorio". Il significato di questa opzione, in termini di *governance* sarà esaminato più avanti (par. 3).

Aspetto saliente della struttura dualistica "pura" è che l'organo assembleare non si pone come fonte diretta dell'amministrazione societaria bensì nomina un secondo organo, quello di vigilanza, che a sua volta si pone come fonte di designazione dell'organo di direzione. Pertanto, almeno nel modello prefigurato dal Regolamento, l'investitura degli amministratori (organo di direzione) non promana direttamente dai soci bensì da un organo intermedio cui è affidata la vigilanza, ma che è *ab origine* privo del potere di amministrazione. A questo primario profilo strutturale, tuttavia, altri aspetti peculiari si affiancano, a delineare la funzionalità e il peso degli organi nella gestione e nel controllo dell'impresa collettiva, strutturata nella forma della SE.

### **2.1. Il rapporto interorganico: la nomina assembleare dell'organo di vigilanza.**

Il dualismo funzionale, che sta alla base del sistema, porta all'apparenza a distinguere in maniera netta la funzione gestoria da un lato e, dall'altro, quella di supervisione. È tuttavia da osservare che la particolare relazione derivativa esistente tra gli organi fa sì che l'attività di vigilanza assuma un significato del tutto diverso rispetto al controllo affidato al collegio sindacale nel nostro sistema.

Il primo profilo da affrontare è quello relativo alla nomina dell'organo di vigilanza ad opera dell'assemblea ed i connessi profili collegati all'eventuale

revocabilità dei membri dell'organo stesso. A norma dell'art. 40, paragrafo 2, "i membri dell'organo di vigilanza sono nominati dall'assemblea generale". Si tratta di norma inderogabile, che rimette all'assemblea il compito di scegliere i componenti dell'organo cui è deferita la vigilanza della gestione sociale. L'atto di nomina dell'organo di vigilanza è indubbiamente, nel sistema dualistico puro, l'atto assembleare di maggior rilievo, posto che - come vedremo - l'intero meccanismo della *governance*, in questo modello, si impernia su quell'organo, cui sono demandate le funzioni essenziali di governo della SE.

I membri del primo organo di vigilanza "possono" essere nominati dallo statuto della SE (art. 40, paragrafo 2, secondo periodo). La norma farebbe ritenere che il Regolamento abbia previsto la possibilità di costituzione di SE prive all'origine non solo di organo di vigilanza (ove i costituenti non si avvalessero della facoltà, apparentemente concessa dalla norma) ma anche di organo di direzione (che a maggior ragione mancherebbe, essendo nominato in via esclusiva dal primo). Manca infatti nel Regolamento una norma espressa che imponga la nomina dei primi membri nell'atto costitutivo (o nello statuto, come si esprime il Regolamento). Ma, evidentemente, a questa lacuna di disciplina si sopperirà mediante le norme delle leggi nazionali adottate in applicazione del Regolamento (come previsto dall'art. 9, paragrafo 1, lett. c, punto i) ovvero mutuando la disciplina della società per azioni (art. cit., punto ii). La disciplina nazionale e la regola statutaria dovranno inoltre sopperire alla lacuna relativa all'integrazione dell'organo, in caso di cessazione anticipata di parte o di tutti i membri dell'organo.

Nella disciplina del Regolamento non è previsto un regime di stabilità dell'organo di vigilanza. Nessuna previsione è dettata per l'eventuale revoca: non si preclude, cioè, all'assemblea la revoca *ad nutum* dei membri dell'organo né si detta una disciplina risarcitoria specifica per l'ipotesi di revoca ingiustificata.

Come per molte altre (apparenti) lacune della disciplina regolamentare, occorre verificare innanzi tutto il valore dell'omissione, per trarne indicazioni in termini precettivi. Occorre cioè stabilire se la materia sia stata volutamente trascurata, per l'intenzionale proposito di sottrarre quell'aspetto ad ogni regola (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), ovvero se la lacuna sia espressione dell'intendimento del legislatore comunitario di rimettere l'argomento alla normazione nazionale specifica in materia di SE o a quella generale, in materia di società per azioni, secondo quanto stabilito dalle disposizioni dell'art. 9, par. 1, lett. c. Nel silenzio del Regolamento, occorre cioè stabilire se la norma nazionale possa essere fonte suppletiva diretta o indiretta, atta a colmare la *lacuna legis*.

Con riguardo alla mancata previsione di un regime di stabilità dell'organo di vigilanza, sembra potersi affermare - pur con ogni cautela, necessaria nell'interpretazione di una disciplina travagliata nell'elaborazione e priva di organicità, per il largo ricorso a fonti suppletive - che il silenzio della norma sia

intenzionale. È infatti difficile immaginare che un punto qualificante, snodo strategico degli equilibri della *governance* della SE, come quello relativo alla garanzia di stabilità dell'organo di vigilanza, sia stato semplicemente trascurato dal legislatore comunitario.

Può dunque ritenersi che la mancanza di norme che precludano all'assemblea della SE di revocare i membri dell'organo di vigilanza rispecchi la precisa scelta legislativa di assoggettare l'organo al gradimento permanente dei soci.

Ciò determina nella SE un atteggiarsi particolarissimo della relazione tra l'organo, depositario della funzione di controllo, e i soci di maggioranza, in termini di sostanziale attenuazione dell'autonomia di quello rispetto alla compagine degli azionisti. Se infatti in ogni momento l'assemblea può revocare i membri dell'organo di vigilanza, il significato garantista del ruolo esercitato da quell'organo può costantemente subire il condizionamento dell'assemblea. Il che riverbera i suoi effetti sull'altro organo (quello di direzione), a sua volta nominato e revocato dall'organo di vigilanza. Quella stabilità, che deriva dalla mediazione dell'organo di vigilanza nella nomina e nella revoca dei membri dell'organo di direzione, trova un significativo temperamento nella facoltà di revoca dei membri dell'organo di vigilanza da parte dell'assemblea: sia pure attraverso misure indirette (revoca dei membri dell'organo di vigilanza, sostituzione con nuovi membri, i quali provvedano alla revoca dei gestori), nella SE il governo dell'impresa può essere fortemente influenzato dalla compagine sociale, anche nell'ipotesi di scelta del sistema dualistico "puro", grazie alla carenza di una previsione normativa inderogabile che assicuri ai membri dell'organo di vigilanza la stabilità dell'incarico, per tutto il tempo di durata del mandato.

Significativo è il parallelo con le regole del sistema dualistico della società per azioni italiana: in questa, i membri del consiglio di sorveglianza possono essere revocati solo con deliberazione assembleare adottata con le maggioranze di cui all'art. 2393, quarto comma, "salvo il diritto al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa" (art. 2409-*duodecies*, comma 5). La revocabilità *ad nutum* sembra dunque accomunare i due sistemi, pur con la differenza della previsione di un *quorum* (un quinto del capitale sociale), che non sembra estensibile alla SE, in assenza di un espresso richiamo sul punto. Il diritto al risarcimento in caso di revoca senza giusta causa appare invece derivante da principi generali in materia di mandato amministrativo, che possono ritenersi di generale applicazione.

La mancata previsione di un regime di stabilità dei membri degli organi di sorveglianza, sia nella SE sia nella società per azioni italiana, deve indurre a riflettere sul significato stesso della "sorveglianza" esercitata da quegli organi, il cui ruolo tende ad allontanarsi da quello riservato al collegio sindacale, per avvicinarsi a quello di mera "vigilanza" dei membri non titolari di deleghe del consiglio di amministrazione.

## **2.2 – segue: la nomina dell'organo di direzione da parte dell'organo di vigilanza.**

Altro aspetto fondamentale dei profili della *governance* nella SE è quello della relazione tra i poteri di cui sono investiti gli organi di vigilanza e di controllo.

Se è vero che l'investitura dell'organo di direzione discende dall'atto di nomina dell'organo di vigilanza (art. 39, paragrafo 2) è altrettanto indiscutibile che i poteri del primo non sono derivazione di quelli del secondo (privo *ab origine* di ogni ruolo gestorio), ma si pongono come espressione di una funzione che all'organo di direzione è riconosciuta a titolo originario.

L'impostazione adottata dal Regolamento implica un complesso di conseguenze, di notevole rilievo.

In primo luogo, occorre prendere in esame il rapporto esistente tra gli organi, in conseguenza del fatto che l'investitura degli amministratori (organo di direzione) promana da un organo privo del potere di amministrazione. Non possedendo l'organo di vigilanza potere amministrativo, la nomina dell'organo di direzione è atto necessario, funzionale alla "creazione" dell'Ufficio gestorio, e non mera delegazione di una funzione propria dell'organo nominante. Si tratta, in altri termini, di vera e propria attività costitutiva di un organo sociale, dotato di autonoma competenza gestoria e non di ruolo delegato (come nel caso di nomina dell'amministratore delegato o del comitato esecutivo da parte del consiglio di amministrazione). Ciò pone l'organo di direzione in posizione di autonomia rispetto all'organo di controllo, non essendo il suo potere funzione riflessa di quest'ultimo.

Le conseguenze sembrano potersi trarre in termini di sostanziale autonomia formale dei due organi. Pertanto, l'avvicendamento, la decadenza o la revoca di tutti i membri dell'organo di vigilanza non dovrebbe comportare effetti nei riguardi dell'organo di gestione (come avverrebbe, invece, nel caso in cui la funzione fosse delegata).

In base alle norme previste dal Regolamento (art. 46, paragrafo 1) i membri degli organi della SE possono essere designati (*rectius*: nominati) per un periodo di tempo stabilito dallo statuto, "che non può essere superiore a sei anni". Qualora i tempi di permanenza dei membri degli organi nelle rispettive cariche siano statutariamente differenziati quanto alla durata, alla cessazione dell'organo di vigilanza, che abbia nominato quello di direzione, non consegue la cessazione di quest'ultimo, la cui durata travalichi quella del primo. I membri del nuovo organo di vigilanza, che non ripongano fiducia nell'organo gestorio nominato dal precedente, dovranno pertanto avvalersi del potere di revoca, ove intendano nominare membri dell'organo di direzione di propria scelta.

La relazione interorganica, come sopra delineata, è foriera di numerose conseguenze. In caso di cessazione del o dei membri dell'organo di direzione, l'organo di vigilanza non è automaticamente investito, nella sua collegialità, del ruolo di supplenza gestoria (in assenza di una norma analoga a quella dell'art. 2386, comma quinto, cod. civ., che nel sistema dualistico della società per azioni è richiamato dall'art. 2409-*noviesdecies*, comma primo). Il Regolamento consente all'organo di vigilanza, in caso di vacanza, di "designare uno dei suoi membri per esercitare le funzioni di membro dell'organo di direzione" (art. 39, paragrafo 3). Si tratta quindi non di una semplice supplenza temporanea di un organo rispetto ad un altro bensì della nomina di un unico soggetto (monocraticamente investito del potere organico) che, sia pure in via interinale, svolge appieno le funzioni di organo di direzione. Sintomatico di tale pienezza del ruolo è non solo il fatto che l'attività gestoria non sia limitata all'ordinaria amministrazione, ma anche che "nel corso di tale periodo, le funzioni dell'interessato in qualità di membro dell'organo di vigilanza sono sospese" (*ibid.*). L'obbligo di rapida ricostituzione dell'organo di direzione, poi, non sembra desumibile dal Regolamento. Nello stabilire che "uno Stato membro può prevedere che questo periodo sia limitato nel tempo", appare chiaro che in assenza di siffatta regola nazionale, il Regolamento non impone limiti temporali alla supplenza, restando affidata alla discrezionalità dell'organo di vigilanza la scelta di ricostituire nella sua pienezza l'organo di direzione.

Più rilevante, per quanto riguarda i profili della *governance*, è tuttavia la circostanza che il membro o i membri dell'organo di direzione, quale emanazione dell'organo di vigilanza (e, come tali, soggetti al suo potere di revoca) sono in qualche misura condizionati dal rapporto fiduciario e dal consenso di tale organo. Il rinnovo della carica e la stessa permanenza nella funzione sono rimesse alla volontà dell'organo di controllo.

Ciò significa che il controllo rimesso all'organo di vigilanza, nella SE è di ben altra portata rispetto a quello attribuito al collegio sindacale nel sistema vigente in Italia. Infatti, sia il potere di nomina e di revoca sia il potere di esercizio dell'azione di responsabilità delineano un rapporto di stretta connessione tra i due organi, pur formalmente indipendenti.

Pertanto, i membri dell'organo di gestione assumono una forte posizione di indipendenza rispetto all'organo assembleare. In effetti, il potere di condizionamento dell'assemblea rispetto all'organo di gestione è mediato attraverso l'organo di vigilanza, il che vuol dire che l'eventuale influsso dei soci sui gestori (concretizzantesi, in linea di massima, nel potere di revoca degli amministratori, principale strumento di condizionamento, insieme alla azione di responsabilità) passa attraverso la mediazione dell'organo di vigilanza.

### **2.3. Struttura degli organi: collegialità e delegabilità delle attribuzioni.**

La norma comunitaria non esige uno speciale profilo collegiale dell'organo di direzione, ammettendo sia la composizione monocratica sia quella pluripersonale ("Il membro o i membri dell'organo di direzione sono nominati e revocati (...)", art. 39, paragrafo 2). L'organo di vigilanza della SE, invece, deve essere necessariamente costituito da una pluralità di soggetti (art. 40, paragrafo 2 del Regolamento) e sembra difficile ammettere che la libertà di disciplina concessa in materia agli Stati membri possa estendersi al punto di prevedere un organo di sorveglianza monocratico (v. art. 40, paragrafo 3).

La normativa nazionale, invece, esige sempre la pluralità soggettiva dei membri degli organi di *governance* nel sistema dualistico, sia mediante la denominazione ("consiglio" di gestione e "consiglio" di sorveglianza) sia mediante espressa prescrizione (art. 2409-*novies*, secondo comma, e 2409-*duodecies*, primo comma).

La minore flessibilità del modello nazionale sembra il riflesso di una scelta legislativa che fa del sistema dualistico la sede privilegiata della collegialità sia in fase gestoria che in fase di controllo.

Qualora l'organo di direzione della SE sia costituito in forma pluripersonale, la gestione potrà essere articolata con il sistema delle deleghe. La facoltà di delega, oltre che dai principi generali in materia di collegialità, è inequivocabilmente riconosciuta dallo stesso Regolamento, nel punto in cui stabilisce che "uno Stato membro può prevedere che l'amministratore o gli amministratori delegati siano responsabili della gestione corrente alle medesime condizioni previste per le società per azioni aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro". Pur indirizzata alla disciplina della responsabilità (di cui si dirà più avanti), la norma presuppone indiscutibilmente che nell'ambito dell'organo di direzione il potere di amministrazione possa essere articolato sulla base di funzioni delegate.

Nessuna delega interna è invece prevista per le funzioni dell'organo di vigilanza, se non nei limiti della delegabilità delle "verifiche" ad uno dei membri o a terzi (v. *infra*).

### **2.4. Il contenuto del potere di vigilanza.**

Per valutare il contenuto del potere di controllo che l'organo di vigilanza può esercitare sull'amministrazione occorre osservare che l'art. 41 delinea i rapporti tra i due organi essenzialmente in termini informativi. L'organo di direzione informa l'organo di vigilanza almeno ogni tre mesi sull'andamento degli affari della SE e sulla loro probabile evoluzione. Esso fornisce in tal modo l'informazione periodica, necessaria per l'esercizio del controllo. Oltre a ciò, peraltro, l'organo di direzione "comunica in tempo utile all'organo di vigilanza le informazioni su avvenimenti che possono avere ripercussioni sensibili sulla situazione della SE". Il dovere informativo, quindi, si estende alla comunicazione

di dati patrimoniali trimestrali consuntivi e preventivi ed alla trasmissione di informazioni rilevanti circa l'andamento della società.

La norma non specifica se i dati debbano essere organizzati in forma di bilancio infrannuale o situazioni patrimoniali di periodo, lasciando in tal modo alla dialettica interna degli organi un maggiore o minor dettaglio del contenuto dell'informativa.

Ciò che appare di maggior rilievo, ai fini di un confronto della dialettica degli organi societari, è che non si pone nella SE l'obbligo dell'organo di vigilanza di assistere alle riunioni dell'organo di direzione (sancito invece dall'art. 2405 cod. civ.) né alle assemblee. L'insussistenza dell'obbligo di assistere alle riunioni (vincolo assente anche nella società per azioni con sistema dualistico: v. art. 2409-noviesdecies, che non richiama l'art. 2405, e art. 2409-terdecies, comma 4, che pone solo una facoltà di assistenza), fa sì che l'informativa cui allude il legislatore europeo sia di carattere eminentemente documentale, non supportata da quell'osmosi informativa rappresentata dalla necessaria compresenza, nella fase deliberativa dell'organo gestorio.

La ragione di questa scelta può risiedere nella volontà di sottolineare, nel sistema dualistico puro, la separazione dei ruoli degli organi, per controbilanciare la stretta derivazione dell'uno rispetto all'altro in ragione della nomina. Si è inteso in tal modo evitare che la presenza dell'organo di vigilanza alle adunanze dell'organo di direzione (composto da membri nominati dal primo) determinasse una eccessiva interferenza sul funzionamento e sulla conduzione della società, sostanzialmente annullando l'autonomia dei gestori rispetto ai titolari del potere di nomina e di revoca.

Anche in relazione alla facoltà di approfondimento dei dati emergenti dall'informativa periodica, la disciplina della SE contempla per l'organo di vigilanza poteri meno penetranti rispetto a quelli riconosciuti ai sindaci: l'organo di vigilanza può chiedere all'organo di direzione ragguagli di qualsiasi genere necessari al controllo esercitato conformemente all'art. 40, paragrafo 1, e può procedere o far procedere alle verifiche necessarie all'espletamento delle sue mansioni.

Si tratta di facoltà esercitabili solo collegialmente, posto che ai singoli membri dell'organo di vigilanza è concesso esclusivamente di "prendere conoscenza di tutte le informazioni comunicate a tale organo". Deve perciò ritenersi che nella SE (conformemente a quanto attuato nel sistema dualistico della società per azioni italiana, in virtù del mancato richiamo all'art. 2403-*bis*, primo comma, da parte dell'art. 2409-*quaterdecies*) non sussista un potere individuale di ispezione da parte dei membri dell'organo di vigilanza, mentre sussiste un potere collegiale di "verifica", delegabile collegialmente ad uno dei suoi membri o a terzi (l'organo, infatti, può "far procedere" alle verifiche che esso potrebbe effettuare).

Sono esulanti dal potere commesso all'organo di vigilanza le prerogative proprie del collegio sindacale, di cui agli art. 2406 ss. cod. civ. Ciò è agevolmente spiegabile, nel sistema dualistico puro, con la penetrante influenza che l'organo di vigilanza può esplicare nei confronti degli amministratori, attraverso il potere di revoca.

Per quanto attiene poi al controllo contabile, la SE è soggetta alla disciplina nazionale (art. 61 del Regolamento). Essa pertanto, qualora abbia sede in Italia, mutuerà dagli art. 2409-*bis* ss. cod. civ. la disciplina relativa al controllo contabile. Per quanto riguarda invece l'approvazione del bilancio, nulla è disposto dal Regolamento.

## **2.5. L'azione di responsabilità**

Per completare l'esame delle regole che presiedono alla *governance* della SE occorre prendere in esame l'azione di responsabilità, che presidia i rapporti tra gli organi.

Le regole espressamente previste dal Regolamento in materia di azioni di responsabilità si limitano esclusivamente a rinviare alle norme nazionali. Il rinvio è a specifiche norme dettate per la SE, con riferimento alla responsabilità dell'amministratore o degli amministratori delegati cui lo stato membro può estendere le stesse norme previste dalla disciplina delle "società per azioni aventi la sede sociale nel territorio di detto Stato membro" (art. 39, paragrafo 1) ovvero alla disciplina generale in materia di responsabilità ("I membri dell'organo di direzione, di vigilanza o di amministrazione sono responsabili, secondo le disposizioni dello Stato membro della sede sociale della SE applicabili alle società per azioni, dei danni subiti dalla SE in seguito all'inosservanza da parte loro degli obblighi legali, statutari o altri inerenti alle loro funzioni": art. 51). A questa stessa estensione si perviene anche in virtù dell'art. 52, che assegna all'assemblea generale della SE le materie per le quali "all'assemblea generale di una società per azioni soggetta al diritto dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale è attribuita una competenza dalla legge di tale Stato membro o dallo statuto a norma della stessa legge".

L'azione di responsabilità è quindi disciplinata, per la SE aventi sede in Italia, dalle corrispondenti norme della legge italiana in materia di società per azioni organizzate in base al sistema dualistico. L'azione può dunque essere promossa nei confronti dell'organo gestorio sia dall'assemblea della società, nei modi previsti dagli art. 2393, sia dai soci di minoranza, ai sensi dell'art. 2393-*bis* (art. 2409-*decies*), sia dall'organo di vigilanza (art. 2409-*terdecies*).

I componenti dell'organo di vigilanza sono solidalmente responsabili con i componenti dell'organo di direzione per i fatti o le omissioni di costoro quando il danno non si sarebbe prodotto se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica (art. 2409-*terdecies*, terzo comma). Pertanto, la mancata

previsione di un'azione autonoma nei confronti del consiglio di sorveglianza (e, quindi, dell'organo di vigilanza della SE) sembra indicare una struttura peculiare della responsabilità, che si esplica solo in via solidale e trova esclusivo elemento genetico nella *culpa in vigilando*.

Ove si voglia trarre una prima valutazione in merito a questo modello organizzativo, è agevole constatare come esso sia fortemente indirizzato a garantire una posizione di indipendenza dell'organo di gestione rispetto a quello assembleare e sia pertanto idoneo a sottrarre gli amministratori alle mutevoli determinazioni degli azionisti. Esso sarà pertanto atto a fornire stabilità ai *manager*, sottraendoli all'immediato influsso delle maggioranze assembleari. È intuitivo che la scelta di questo modello sarà sconsigliabile in quelle situazioni nelle quali - come nelle relazioni di gruppo controllante-controllata - è necessario garantire una spiccata "sensibilizzazione" dei gestori rispetto all'influsso dominante della società madre.

### **3. Il sistema dualistico "ibrido"**

Qualora lo Stato italiano dovesse utilizzare la facoltà di cui all'art. 39 paragrafo 2 (nomina e revoca dei membri dell'organo di direzione da parte dell'assemblea), si riprodurrebbe un modello di *governance*, sostanzialmente analogo rispetto a quello fondato sulla tripartizione assemblea-amministratori-sindaci, che attualmente costituisce il modello base della società di capitali in Italia.

Questa notazione ha carattere di mero richiamo ad una possibilità alternativa al modello dualistico puro, essendo subordinata alla opzione statale di avvalersi della facoltà consentita dal Regolamento.

In tale ipotesi, giova rilevarlo, l'amministrazione della SE sarebbe comunque ricondotta sotto l'influenza diretta dei soci riuniti in assemblea e, pertanto, sarebbe ripristinato il modello organizzativo per noi consueto (assemblea che nomina sia l'organo di gestione che quello di controllo), che assume un ruolo intermedio tra il sistema dualistico e quello monistico. Qualora il legislatore nazionale dovesse avvalersi della facoltà di cui alla citata norma, la disciplina applicabile alla nomina ed alla revoca dei membri dell'organo di direzione sono certamente quelle relative alla nomina ed alla revoca del consiglio di amministrazione della società per azioni (in questo senso va intesa la locuzione "alle stesse condizioni previste per le società per azioni aventi sede nel ... territorio" italiano, contenuta nell'art. 39 paragrafo 2 del Regolamento). Le norme richiamate sono pertanto quelle degli art. 2380-*bis* e ss., nella parte in cui disciplinano la nomina e la revoca dei componenti del consiglio di amministrazione. La norma nazionale dovrà tuttavia chiarire i confini del richiamo, specie con riguardo al ruolo dell'organo di vigilanza, cui viene sottratto

il principale strumento di condizionamento dell'organo amministrativo, rappresentato appunto dalla facoltà di nomina e revoca dei suoi membri.

Sottrarre infatti all'organo di vigilanza questa facoltà significa, in sostanza, ridurre la funzione di controllo alle sole mansioni previste dall'art. 41 del Regolamento, che – come già osservato – sono ben poco penetranti e depotenziate rispetto alle corrispondenti facoltà attribuite al collegio sindacale.

Ciò che ai fini della presente elaborazione interessa osservare è che il legislatore comunitario, nel concedere agli Stati membri la facoltà di prevedere la nomina assembleare dei membri dell'organo di direzione, non ha solo variato la fonte dell'investitura di quell'organo, ma ha posto le premesse per la creazione di una struttura di *governance* del tutto diversa rispetto a quelle fino ad ora conosciute, nella quale le regole della nomina del consiglio di amministrazione (come disegnate dalla disciplina italiana) si fondono con la disciplina della struttura dualistica, venendo a costituire un autonomo modello di governo societario, nel quale l'assemblea è arbitra della nomina e della revoca dei membri di entrambi gli organi di gestione e controllo.

Questo modello, se da una parte ricalcherebbe la struttura tradizionale di tipo italiano, dall'altro vedrebbe l'organo di vigilanza in un ruolo più debole (assoggettato cioè al potere di revoca *ad nutum* da parte dell'assemblea) e privo delle prerogative e dei poteri propri del collegio sindacale.

#### **4. Il sistema monistico.**

Nella Sezione seconda si disciplina il Sistema monistico, nel quale "l'organo di amministrazione gestisce la SE e il membro o i membri dell'organo di amministrazione sono nominati dall'assemblea generale" (art. 43).

Il paragrafo 2 dispone che "lo statuto della SE stabilisce il numero dei membri dell'organo di amministrazione o le regole per determinarlo. Uno Stato membro può tuttavia stabilire un numero minimo e, se del caso, massimo dei membri. Tuttavia quest'organo deve essere composto da almeno tre membri qualora il coinvolgimento dei lavoratori nella SE sia organizzato conformemente alla direttiva 2001/86/CE".

La gestione attuata mediante questo modello organizzativo può articolarsi mediante il sistema delle deleghe ad amministratori delegati o al comitato esecutivo, il che determina un assetto gestorio integralmente dipendente dalla permanenza del gradimento da parte dell'assemblea: infatti, in caso di revoca degli amministratori o in caso di loro decadenza, l'intera struttura amministrativa subisce identico destino.

Nel sistema monistico, quindi, assistiamo ad un completo ribaltamento delle posizioni: l'organo di gestione è diretta emanazione dell'organo assembleare e da questo è anche revocato. Manca nel Regolamento ogni riferimento ad una

funzione di controllo (come invece è previsto dal sistema monistico nazionale, che affida ad un comitato costituito nell'ambito del consiglio di amministrazione il ruolo di controllo: art. 2409-*sexiesdecies*, comma primo, cod. civ.).

Può quindi ritenersi che nella SE che adotti il sistema monistico puro, non temperato da norme statutarie che garantiscano stabilità all'organo amministrativo, la maggioranza assembleare ha un ruolo di assoluto predominio su tale organo, predominio che può pervenire fino ad una ingerenza sostanziale dell'assemblea sulla funzione gestoria.

Queste considerazioni hanno ovviamente il significato di una prima e sommaria valutazione dei sistemi, di cui forse è prematuro fornire una completa e dettagliata analisi, considerata la necessità di rilevanti integrazioni del Regolamento ad opera della disciplina nazionale. Le notazioni ricavate sono tuttavia sufficientemente significative della tendenza delle legislazioni nazionali e comunitarie nell'impostazione dei temi della dialettica interna degli organi societari, in termini di impianto dei profili di *governance*.



# Societas europea e Direttiva sulla partecipazione dei lavoratori alla direzione dell'Impresa

Avv. Francesco Ronfini

*Avvocato in Bruxelles e Treviso*

## Introduzione

Il coinvolgimento dei lavoratori nell'attività della *Società Europea* (SE), di cui gli interventi precedenti hanno già dato ampia descrizione per quanto riguarda la struttura, le modalità di costituzione e la gestione, si è sviluppato intorno a due diversi criteri di partecipazione dei dipendenti alle sorti dell'impresa:

1. da un lato vi è infatti il livello minimo corrispondente al diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione in ordine all'organizzazione ed alle prospettive dell'impresa ai cui risultati economici concorrono;
2. dall'altro vi è invece un livello di coinvolgimento più complesso corrispondente al diritto dei lavoratori a far parte degli organi di amministrazione e sorveglianza della società stessa.

E' evidentemente intorno a questo secondo livello di coinvolgimento che si è sviluppato il dibattito a livello comunitario. Le discussioni sul punto, com'è noto, si sono per parecchi anni arrestate davanti alla ferma opposizione di alcuni Stati membri – in particolare il Regno Unito e la Spagna – fermamente contrari – talora per ragioni molto differenti – all'introduzione di questa regola nei rispettivi sistemi giuridici.

L'adozione dello Statuto della *Società Europea* si deve essenzialmente al superamento di questa contrapposizione, grazie al riconoscimento di un'eccezione in base alla quale gli Stati membri possono escludere – in sede di trasposizione della direttiva nel proprio diritto nazionale – la regola relativa all'obbligo di partecipazione dei lavoratori quando la SE si costituisca a seguito di fusione. Laddove quindi lo Stato membro si avvalga di questa facoltà, la SE non potrà essere iscritta nel Registro delle imprese di tale Stato salvo che un apposito accordo intercorso tra gli organi direttivi della società ed i lavoratori, abbia stabilito le modalità di partecipazione di questi ultimi.

Esclusa tale eccezione la direttiva in questione si basa essenzialmente sul principio fondamentale del rispetto dei diritti quesiti in base al quale i diritti dei dipendenti esistenti anteriormente alla costituzione della SE devono costituire la base degli accordi in materia di partecipazione al suo funzionamento.

In pratica, quindi, allorché i dipendenti delle società partecipanti alla costituzione di una SE non dispongano, precedentemente, di un regime di partecipazione negli

organi sociali della società di appartenenza, la *Società Europea* potrà essere registrata senza bisogno di adottare alcun sistema di partecipazione dei lavoratori e, corrispondentemente, senza che vi sia un obbligo di negoziazione e di accordo su tale punto in fase di costituzione.

Per meglio chiarire tale concetto possiamo immaginare una fusione tra società inglesi e francesi, o spagnole ovvero ancora italiane, la quale potrà aver luogo senza alcun accordo in ordine alla partecipazione dei lavoratori, dato che i sistemi giuridici di questi paesi non prevedono alcun diritto in tal senso in favore dei dipendenti. Resta naturalmente salvo il principio della libertà contrattuale per cui un accordo sulla partecipazione dei lavoratori potrà sempre essere negoziato laddove le parti lo vogliano o lo ritengano opportuno.

Fissato questo principio e prima di procedere oltre nell'esposizione del procedimento di negoziazione previsto dalla direttiva per il coinvolgimento dei lavoratori, ci sembra opportuno dare un quadro generale sulla struttura della direttiva stessa e sui termini per la sua trasposizione da parte degli Stati membri.

La direttiva è composta da venti considerando introduttivi seguiti da tre Sezioni, contenenti le disposizioni normative e da un Allegato in cui sono esposte le cd. "disposizioni di riferimento" – destinate a diventare la legge applicabile tra le parti in caso di assenza di accordo – e relative all'informazione, alla consultazione e alla partecipazione dei lavoratori nella futura *Società Europea*.

Partendo dal contesto normativo, nella prima sezione sono contenute le disposizioni generali in ordine al coinvolgimento dei lavoratori nella *Società Europea*. L'articolo 1 della direttiva riguarda infatti il suo campo di applicazione, disponendo espressamente che essa disciplina " il coinvolgimento dei lavoratori nelle attività delle società per azioni europee (Societas europaea) di cui al regolamento (CE) n.2157/2001"; stabilendo in tal modo un primo collegamento diretto tra regolamento e direttiva stessa.

L'articolo 2 – come d'uso nella legislazione comunitaria – contiene un elenco delle definizioni e delle nozioni utilizzate nel testo della direttiva (dalla nozione di *Società Europea* a quelle di *Società partecipante*, *Organo di rappresentanza*, *Delegazione speciale di negoziazione*, *Partecipazione*, ecc. ).

La seconda sezione contiene invece le disposizioni che disciplinano la procedura di negoziazione. Il testo descrive le modalità di creazione del *Gruppo speciale di negoziazione*, incaricato di discutere le modalità di partecipazione dei lavoratori della SE in fase di costituzione, il contenuto del relativo accordo, la durata e le modalità di chiusura della fase di negoziazione. Gli articoli 6 e 7 in particolare definiscono la legge applicabile agli accordi nonché le disposizioni di riferimento. In pratica la costituzione della SE costituisce una fattispecie a formazione progressiva che si articola essenzialmente intorno alla negoziazione tra l'organo di

rappresentanza dei lavoratori delle società partecipanti e gli organi di direzione e di amministrazione delle medesime.

Tale condizione - fatta salva l'eccezione di cui abbiamo già detto per l'ipotesi di fusione - è una condizione fondamentale e necessaria per la valida costituzione di qualsiasi *Società Europea*.

La terza sezione infine, che si intitola "Disposizioni varie", contiene tra l'altro la descrizione del funzionamento dell'organo di rappresentanza dei lavoratori (art. 9) l'obbligo per gli Stati membri di prevedere misure dirette ad evitare che attraverso lo strumento della SE i lavoratori possano essere privati dei diritti pregressi in materia di partecipazione (art. 10) nonché la disciplina delle relazioni tra la direttiva stessa ed altre disposizioni comunitarie in materia (in particolare la direttiva 94/45 relativa ai gruppi di imprese di dimensioni comunitarie).

Quanto all'applicazione della direttiva - disciplinata dall'art. 14 - gli Stati membri sono tenuti ad adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie a conformarsi alla presente direttiva entro l'8 ottobre 2004 e si accertano, entro tale data, che le parti sociali mettano in atto di comune accordo le disposizioni necessarie. Gli Stati membri devono inoltre adottare tutte le disposizioni necessarie che permettano loro di essere in qualsiasi momento in grado di garantire i risultati imposti dalla presente direttiva.

Ai fini della comprensione della *ratio* della Direttiva in questione, di notevole utilità sono anche i "Considerando" dai quali si ricava, in particolare, che il suo campo d'applicazione è limitato e non tenta di sostituirsi ai testi già esistenti in ambito nazionale, infatti: "La direttiva 2001/86/CE vuole assicurare ai lavoratori un diritto al coinvolgimento in ordine alle questioni e decisioni riguardanti la vita della SE. Le altre questioni rilevanti del diritto sociale e del lavoro, in particolare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori com'è organizzato negli Stati Membri, sono regolate dalle disposizioni nazionali applicabili, nelle stesse condizioni, alle società per azioni".

Per comprendere lo spirito del testo, sono significativi i considerando 5 e seguenti della Direttiva.

Il considerando 5 in particolare precisa che benché "la grande diversità delle regole e pratiche esistenti negli Stati membri circa le modalità di coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nel processo decisionale delle società rende inopportuno stabilire un unico modello europeo di coinvolgimento dei lavoratori, applicabile alla SE", tuttavia un minimo deve essere proposto sul piano europeo per rendere questa partecipazione effettiva.

Il considerando 6 precisa poi che: "ciononostante le procedure d'informazione e di coinvolgimento al livello transnazionale dovrebbero essere garantite in tutti i casi in cui viene costituita una SE". Al riguardo è piuttosto significativo l'impiego del condizionale in questo considerando che manifesta un augurio e non un imperativo.

Questo minimo, auspicato nella direttiva, riguarda in particolare il negoziato e la conclusione di un accordo tra le parti. Infatti “Le procedure pratiche per l’informazione e la consultazione transnazionale dei lavoratori nonché ove applicabile, la loro partecipazione, da applicare a ciascuna SE, dovrebbero essere definite soprattutto tramite un’intesa da stipularsi tra le parti interessate o, in mancanza della stessa, con l’applicazione di norme accessorie”. In tal modo, in caso di mancanza di accordo, la Direttiva prevede una serie di disposizioni applicabili alle SE che figurano nell’allegato della Direttiva : le cd. “disposizioni di riferimento”.

Resta infine una questione di rilievo da considerare in relazione ai considerando: la possibile esistenza, nelle società partecipanti alla costituzione di una futura SE, di regimi diversi di partecipazione dei lavoratori. Al riguardo, il considerando 18 pone il principio ricordato per cui: “la garanzia dei diritti acquisiti dei lavoratori in materia di coinvolgimento nel processo decisionale delle società e’ un principio fondamentale e l’obiettivo esplicito della presente direttiva. I diritti dei lavoratori acquisiti prima della costituzione delle SE sono inoltre alla base dell’elaborazione dei diritti di coinvolgimento degli stessi nella SE (cd. principio *prima - dopo*)”. Ad esso fa da contrappunto l’allegato 3 punto b che definisce la regola applicabile: “negli altri casi di costituzione di una SE, i lavoratori della SE, delle sue affiliate e dipendenze e/o il loro organo di rappresentanza sono autorizzati ad eleggere, designare, raccomandare o ad opporsi alla designazione di un numero di membri dell’organo di amministrazione o di vigilanza della SE pari alla più alta quota applicabile nelle società partecipanti prima dell’iscrizione della SE”. Il sistema messo a punto, frutto del compromesso ottenuto in seguito al Rapporto Davignon, obbligherà quindi a tener conto della situazione dei lavoratori prima del progetto SE, per sapere quale sistema dovrà prevalere nella nuova struttura.

## **La procedura di negoziazione**

Premesso quanto sopra relativamente ai contenuti del testo ed alla sua *ratio*, ritorniamo agli aspetti tecnico-pratici del procedimento di negoziazione (cfr. Artt. 3 e segg.) il quale si estende su un periodo di sei mesi prorogabile di altri sei fino ad un massimo di un anno (art. 5) e che ci sembra opportuno schematizzare come segue:

1. Quando gli organi di direzione o di amministrazione delle società partecipanti alla costituzione della SE stabiliscono il progetto di costituzione, non appena possibile, dopo la pubblicazione del progetto di fusione o creazione di una holding o dopo l’approvazione di un progetto di costituzione di un’affiliata o di trasformazione in una SE, essi prendono le iniziative necessarie, comprese le informazioni da fornire circa l’identità e il numero di lavoratori delle società

partecipanti, delle affiliate o dipendenze interessate, per avviare una negoziazione con i rappresentanti dei lavoratori delle società sulle modalità del coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

2. A tal fine è istituita una delegazione speciale di negoziazione, rappresentativa dei lavoratori delle società partecipanti e delle affiliate o dipendenze interessate (i componenti della delegazione di negoziazione sono scelti secondo i criteri indicati all'art. 3.2).

3. La delegazione speciale di negoziazione e gli organi competenti delle società partecipanti determinano, tramite accordo scritto, le modalità del coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

A tal fine, gli organi competenti delle società partecipanti informano la delegazione speciale di negoziazione del progetto e dello svolgimento del processo di costituzione della SE, sino all'iscrizione di quest'ultima.

4. In linea di principio la delegazione speciale di negoziazione decide a maggioranza assoluta dei suoi membri, purché tale maggioranza rappresenti anche la maggioranza assoluta dei lavoratori. Ciascun membro dispone di un voto. Tuttavia, qualora i risultati dei negoziati portino ad una riduzione dei diritti di partecipazione, la maggioranza richiesta per decidere di approvare tale accordo è composta dai voti di due terzi dei membri della delegazione speciale di negoziazione che rappresentino almeno due terzi dei lavoratori, compresi i voti dei membri che rappresentano i lavoratori occupati in almeno due Stati membri:

- nel caso di una SE da costituire mediante fusione, se la partecipazione comprende almeno il 25 % del numero complessivo dei lavoratori delle società partecipanti;
- nel caso di una SE da costituire mediante creazione di una holding o costituzione di un'affiliata, se la partecipazione comprende almeno il 50 % del numero complessivo dei lavoratori delle società partecipanti.

5. In ogni caso la delegazione speciale di negoziazione può decidere a maggioranza, (costituita in tal caso da due terzi dei membri che rappresentano almeno due terzi dei lavoratori, compresi i voti dei membri che rappresentano i lavoratori impiegati in almeno due Stati membri) di non aprire negoziati o di porre termine a negoziati in corso e di avvalersi delle norme in materia di informazione e consultazione dei lavoratori che vigono negli Stati membri in cui la SE annovera lavoratori. Tale decisione interrompe la procedura per la conclusione dell'accordo menzionato all'articolo 4. Qualora venga presa tale decisione, non si applica nessuna delle disposizioni di cui all'allegato.

Relativamente invece al contenuto dell'accordo, esso comprenderà':

- a) il campo d'applicazione dell'accordo stesso;
- b) la composizione, il numero di membri e la distribuzione dei seggi dell'organo di rappresentanza che sarà l'interlocutore degli organi competenti della SE nel quadro

dei dispositivi di informazione e di consultazione dei lavoratori di quest'ultima e delle sue affiliate e dipendenze;

c) le attribuzioni e la procedura prevista per l'informazione e la consultazione dell'organo di rappresentanza;

d) la frequenza delle riunioni dell'organo di rappresentanza;

e) le risorse finanziarie e materiali da attribuire all'organo di rappresentanza;

f) se, durante i negoziati, le parti decidono di istituire una o più procedure per l'informazione e la consultazione anziché un organo di rappresentanza, le modalità di attuazione di tali procedure;

g) nel caso in cui, durante i negoziati, le parti decidano di stabilire modalità per la partecipazione dei lavoratori, il merito di tali modalità compresi, a seconda dei casi, il numero di membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza della SE che i lavoratori saranno autorizzati ad eleggere, designare, raccomandare o alla cui designazione potranno opporsi, le procedure per tale elezione, designazione, raccomandazione o opposizione da parte dei lavoratori, nonché i loro diritti;

h) la data di entrata in vigore dell'accordo, la durata, i casi in cui l'accordo deve essere rinegoziato e la procedura per rinegoziarlo.

L'accordo non è soggetto, tranne disposizione contraria in esso contenuta, alle disposizioni di riferimento che figurano nell'allegato alla Direttiva. Inoltre, fatto salvo l'articolo 13, paragrafo 3, lettera a) nel caso di una SE costituita mediante trasformazione, l'accordo prevede che il coinvolgimento dei lavoratori sia in tutti i suoi elementi di livello quantomeno identico a quello che esisteva nella società da trasformare in SE.

### **Le disposizioni di riferimento**

Al fine di assicurare la realizzazione dell'obiettivo della partecipazione dei lavoratori al funzionamento della SE la Direttiva prevede che gli Stati Membri stabiliscano “disposizioni di riferimento” sul coinvolgimento dei lavoratori che soddisfino le disposizioni dell'allegato.

Tali disposizioni di riferimento, previste dalla legge dello Stato membro in cui deve situarsi la sede sociale della SE, si applicano dalla data di iscrizione di quest'ultima:

a) qualora le parti abbiano deciso in tal senso o

b) qualora non sia stato concluso alcun accordo entro il termine previsto all'articolo 5, e:

- l'organo competente di ciascuna delle società partecipanti decida di accettare l'applicazione delle disposizioni di riferimento alla SE e di proseguire quindi con l'iscrizione della SE,

- la delegazione speciale di negoziazione non abbia preso la decisione di non aprire i negoziati o chiudere quelli avviati (articolo 3, paragrafo 6).

Inoltre, le disposizioni di riferimento stabilite dalla legislazione dello Stato membro di iscrizione ai sensi della Parte terza dell'allegato si applicano soltanto qualora:

a) nel caso di una SE costituita mediante trasformazione, le norme vigenti in uno Stato membro in materia di partecipazione dei lavoratori all'organo di direzione o di vigilanza si applichino ad una società trasformata in SE;

b) nel caso di una SE costituita mediante fusione:

- anteriormente all'iscrizione della SE, esista presso una o più delle sue società partecipanti una o più delle forme di partecipazione comprendente almeno il 25 % del numero complessivo di lavoratori di tutte le società partecipanti; o

- anteriormente all'iscrizione della SE, esista presso una o più delle sue società partecipanti una o più delle forme di partecipazione comprendente meno del 25 % del numero complessivo di lavoratori di tutte le società partecipanti e la delegazione speciale di negoziazione decida in tal senso;

c) nel caso di una SE costituita mediante creazione di una holding o costituzione di un'affiliata:

- anteriormente all'iscrizione della SE, esista presso una o più delle sue società partecipanti una o più delle forme di partecipazione comprendente almeno il 50 % del numero complessivo di lavoratori di tutte le società partecipanti; o

- anteriormente all'iscrizione della SE, esista presso una o più delle sue società partecipanti una o più delle forme di partecipazione comprendente meno del 50 % del numero complessivo di lavoratori di tutte le società partecipanti e la delegazione speciale di negoziazione decida in tal senso.

Se presso diverse società partecipanti esisteva più di una delle forme di partecipazione, la delegazione speciale di negoziazione decide quale di esse viene introdotta nella SE. Gli Stati membri possono stabilire disposizioni che si applicano qualora non sia stata presa alcuna decisione del genere per una SE iscritta nel loro territorio. La delegazione speciale di negoziazione informa l'organo competente delle società partecipanti delle decisioni da essa adottate ai sensi del presente paragrafo.

Tutto ciò premesso va infine precisato che gli Stati membri possono prevedere che le disposizioni di riferimento di cui alla Parte terza dell'allegato non si applichino nell'ipotesi di fusione conformemente a quanto previsto alla lettera b) paragrafo 2 dell'art. 7 della Direttiva.

In conclusione, quindi, secondo i principi contenuti nel già citato Regolamento CE 2157/2001 in relazione alla direttiva 2001/86 che, lo ricordiamo ancora, pongono una condizione originale e inedita in materia di diritto delle società, una SE potrà essere costituita senza la partecipazione dei lavoratori nell'ipotesi in cui nessuna delle società preesistenti - e che partecipano all'operazione - adottava tale regime,

ovvero nell'ipotesi in cui rappresentanti dei lavoratori e dirigenti delle società si saranno accordati su tale punto.

Corrispondentemente, quindi, perché possa essere immatricolata, una Società Europea deve aver:

- ottenuto un accordo sulle modalità d'implicazione dei lavoratori nel senso dell'articolo 4 della Direttiva;
- oppure avere ottenuto una dichiarazione – a maggioranza – da parte del gruppo speciale di negoziazione di non aprire negoziati sulla regolamentazione che è in vigore negli Stati Membri dove la SE impiega dei lavoratori (art. 4, punto 6, della Direttiva) ;
- oppure dimostrare che il periodo di 6 mesi fissato per i negoziati è giunto al termine senza essere rinnovato e senza che un accordo sia intervenuto.

Com'è evidente si tratta di una soluzione originale ed innovativa. Infatti è la prima volta, per quanto ci è dato conoscere, che un tale condizione, di natura sociale, è posta come condizione giuridica per la costituzione di una società.

## **DISPOSIZIONI DI RIFERIMENTO**

### *di cui all'articolo 7*

Parte prima: Composizione dell'organo di rappresentanza dei lavoratori

Al fine di realizzare l'obiettivo indicato all'articolo 1 e nei casi previsti all'articolo 7, è istituito un organo di rappresentanza conformemente alle seguenti norme:

a) L'organo di rappresentanza è composto da lavoratori della SE e delle sue affiliate e dipendenze, eletti o designati al loro interno dai rappresentanti dei lavoratori o, in mancanza di questi, dall'insieme dei lavoratori.

b) L'elezione o designazione dei membri dell'organo di rappresentanza avviene conformemente alle leggi e/o alle prassi nazionali.

Gli Stati membri prevedono disposizioni per garantire che il numero dei membri e l'assegnazione dei seggi dell'organo di rappresentanza siano modificati per tener conto dei cambiamenti che si verificano nell'ambito della SE e delle sue affiliate e dipendenze.

c) Se le sue dimensioni lo giustificano, l'organo di rappresentanza elegge nel suo seno un comitato ad hoc composto al massimo da tre membri.

d) L'organo di rappresentanza adotta il suo regolamento interno.

e) I membri dell'organo di rappresentanza sono eletti o designati in proporzione al numero dei lavoratori impiegati in ciascuno Stato membro dalle società partecipanti nonché dalle affiliate o dipendenze interessate, assegnando ad uno Stato membro un seggio per ogni quota, pari al 10 % o sua frazione, del numero dei lavoratori impiegati dalle società partecipanti nonché dalle affiliate o dipendenze interessate nell'insieme degli Stati membri.

f) L'organo competente della SE è informato della composizione dell'organo di rappresentanza.

g) Quattro anni dopo la sua istituzione, l'organo di rappresentanza delibera in merito all'opportunità di rinegoziare l'accordo di cui agli articoli 4 e 7 oppure di mantenere l'applicazione delle disposizioni di riferimento adottate in conformità del presente allegato.

Qualora si decida di negoziare un accordo in conformità dell'articolo 4, si applicano mutatis mutandis gli articoli 3 (paragrafi da 4 a 7), 4, 5 e 6 e l'espressione "delegazione speciale di negoziazione" è sostituita da "organo di rappresentanza".

Qualora al termine del negoziato non sia stato concluso alcun accordo, rimangono applicabili le disposizioni inizialmente adottate in conformità delle disposizioni di riferimento.

Parte seconda: Disposizioni di riferimento per l'informazione e la consultazione

Le competenze e i poteri dell'organo di rappresentanza istituito nella SE sono disciplinati dalle seguenti norme:

a) La competenza dell'organo di rappresentanza si limita alle questioni che riguardano la stessa SE o qualsiasi affiliata o dipendenza situata in un altro Stato membro ovvero che eccedono i poteri degli organi decisionali in un singolo Stato membro.

b) Fatte salve le riunioni tenute conformemente alla lettera c), l'organo di rappresentanza ha il diritto di essere informato e consultato, e a tal fine di incontrare l'organo competente della SE almeno una volta all'anno, in base a relazioni periodiche elaborate dall'organo competente, riguardo all'evoluzione delle attività e delle prospettive della SE. Le direzioni locali ne sono informate.

L'organo competente della SE trasmette all'organo di rappresentanza gli ordini del giorno delle riunioni dell'organo di amministrazione o, se del caso, di direzione e di vigilanza e copia di tutti i documenti presentati all'assemblea generale degli azionisti.

La riunione verte in particolare sui seguenti aspetti della SE: struttura, situazione economica e finanziaria, evoluzione probabile delle attività, della produzione e delle vendite, situazione e evoluzione probabile dell'occupazione, investimenti, cambiamenti fondamentali riguardanti l'organizzazione, introduzione di nuovi metodi di lavoro o di nuovi processi produttivi, trasferimenti di produzione, fusioni, diminuzione delle dimensioni o chiusura delle imprese, degli stabilimenti o di parti importanti degli stessi, e licenziamenti collettivi.

c) Qualora si verificano circostanze eccezionali che incidano notevolmente sugli interessi dei lavoratori, in particolare nel caso di delocalizzazione, trasferimento, chiusura di imprese o di stabilimenti oppure licenziamenti collettivi, l'organo di rappresentanza ha il diritto di esserne informato. L'organo di rappresentanza o, se questo decide in tal senso soprattutto per motivi di urgenza, il comitato ad hoc ha il diritto di riunirsi, a sua richiesta, con l'organo competente della SE o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato nell'ambito della SE, avente la competenza di prendere decisioni proprie, per essere informato e consultato sulle misure che incidono considerevolmente sugli interessi dei lavoratori.

Qualora l'organo competente decida di non agire conformemente al parere espresso dall'organo di rappresentanza, quest'ultimo dispone della facoltà di riunirsi nuovamente con l'organo competente della SE nella prospettiva di trovare un accordo.

Nel caso di una riunione organizzata con il comitato ad hoc, hanno il diritto di partecipare anche i membri dell'organo di rappresentanza che rappresentano lavoratori direttamente interessati dalle misure in questione.

Le riunioni di cui sopra lasciano impregiudicate le prerogative dell'organo competente.

d) Gli Stati membri possono prevedere norme per quanto riguarda la presidenza delle riunioni di informazione e di consultazione.

Prima delle riunioni con l'organo competente della SE, l'organo di rappresentanza o il comitato ad hoc, eventualmente allargato conformemente al terzo comma della lettera c), può riunirsi senza che i rappresentanti dell'organo competente siano presenti.

e) Fatto salvo l'articolo 8, i membri dell'organo di rappresentanza informano i rappresentanti dei lavoratori della SE e delle sue affiliate o dipendenze riguardo al contenuto e ai risultati della procedura di informazione e consultazione.

f) L'organo di rappresentanza o il comitato ad hoc può farsi assistere da esperti di sua scelta.

g) Nella misura in cui ciò risulta necessario allo svolgimento dei loro compiti, i membri dell'organo di rappresentanza hanno diritto a un congedo di formazione senza perdita di retribuzione.

h) Le spese dell'organo di rappresentanza sono sostenute dalla SE, che fornisce ai membri di quest'ultimo le risorse finanziarie e materiali necessarie a consentire loro di svolgere in modo adeguato le proprie funzioni.

In particolare, la SE prende a proprio carico - salvo che non sia stato diversamente convenuto - le spese di organizzazione e di interpretazione delle riunioni, nonché le spese di soggiorno e di viaggio dei membri dell'organo di rappresentanza e del comitato ad hoc.

Nel rispetto di questi principi, gli Stati membri possono stabilire norme di bilancio concernenti il funzionamento dell'organo di rappresentanza. Essi possono in particolare limitare il finanziamento in modo da coprire le spese di un solo esperto.

Parte terza: disposizioni di riferimento per la partecipazione

La partecipazione dei lavoratori alla SE è disciplinata dalle seguenti disposizioni:

a) Nel caso di una SE costituita mediante trasformazione, se le norme vigenti in uno Stato membro in materia di partecipazione dei lavoratori all'organo di amministrazione o di vigilanza si applicavano anteriormente all'iscrizione, tutti gli elementi della partecipazione dei lavoratori continuano ad applicarsi alla SE. A tal fine, si applica *mutatis mutandis* la lettera b).

b) Negli altri casi di costituzione di una SE i lavoratori della SE e delle sue affiliate e dipendenze e/o il loro organo di rappresentanza sono autorizzati ad eleggere, designare, raccomandare o ad opporsi alla designazione di un numero di membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza della SE pari alla più alta quota applicabile nelle società partecipanti prima dell'iscrizione della SE.

Se nessuna delle società partecipanti era soggetta a disposizioni per la partecipazione prima dell'iscrizione della SE, non vi è l'obbligo di introdurre disposizioni per la partecipazione dei lavoratori.

La ripartizione dei seggi dell'organo di amministrazione o di quello di vigilanza tra i membri rappresentanti dei lavoratori nei vari Stati membri o le modalità secondo

cui i lavoratori della SE possono raccomandare la designazione dei membri di detti organi od opporvisi sono decise dall'organo di rappresentanza in funzione della proporzione di lavoratori della SE impiegati in ciascuno Stato membro. Se i lavoratori di uno o più Stati membri non sono soggetti al criterio proporzionale, l'organo di rappresentanza designa uno dei membri dello Stato membro in questione, in particolare dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale, laddove opportuno. Ciascuno Stato membro può determinare le modalità secondo cui devono essere ripartiti i seggi dell'organo di amministrazione o di quello di vigilanza che sono ad esso assegnati.

Tutti i membri eletti, designati o raccomandati dall'organo di rappresentanza o eventualmente dai lavoratori per l'organo di amministrazione o, se del caso, di vigilanza della SE, sono membri a pieno titolo di tale organo, con gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri che rappresentano gli azionisti, compreso il diritto di voto.

## Bibliografia

- Regolamento (CE) n., 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società Europea (SE)
- Direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della Società Europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori

### Bibliografia relativa all'intervento del Prof. Giuseppe Antonio Rescio (pag. 45)

BLANQUET, *Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea "SE")*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2002, p. 20 ss.

CARBONE, *La corporate governance della "Società Europea" nel Reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2002, p. 133 ss.

CATERINO, *Il regolamento sulla Società Europea e la connessa direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 479 ss.

DI MARCO, *La "società europea": un nuovo tipo societario per le imprese comunitarie*, in *Le Società*, 2001, p. 746 ss.

FOUASSIER, *Le statut de la "Société Européenne": un nouvel instrument juridique au service des entreprises*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2001, n. 445, p. 85 ss.

HEINZE, *Die Europäische Aktiengesellschaft*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2002, p. 66 ss.

HOPT, *Europäische Aktiengesellschaft – per aspera ad astra?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 32

IDOT, *Un événement: le statut de la société européenne enfin adopté*, in *Europe (Juris Classeur)*, 2002, n. 1, p. 19

SANTACROCE, *Via libera alla società europea: entro il 2004 la scelta tra modello comunitario o nazionale*, in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 41, 112

## Bibliografia italiana precedente all'emanazione del regolamento

- ALLEGRI, *Una proposta della Commissione CEE al Consiglio dei Ministri della Comunità in tema di società anonima europea*, in *Riv. delle soc.*, 1970, 1248;
- ALTOMONTE, *Lo statuto della società europea*, in *Dir. pubb. comparato ed europeo*, 2001, 986;
- ANGELICI, *Riaperto il dibattito sull'istituzione di una società europea*, in *Corriere giur.*, 1989, 83;
- BARALIS, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione e alla vigilanza della società europea*, in *Riv. not.*, 1990, 1017;
- BARBUTO, *Lo statuto della società europea di capitali*, in *Impresa*, 1991, 305 e 468;
- BONARELLI, *Armonizzazione del diritto societario negli stati membri: "società europea" e "società privata europea"*, in *Fisco*, 1999, allegato al n. 48, 475;
- BRAUN, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e statuto della società per azioni europea*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1976, 1;
- CAPOTORTI, *La società commerciale europea: un progetto di esito incerto*, in *Dir. econ.*, 1990, 221;
- COLOMBO, *Il parere del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento relativa allo statuto della società per azioni europea*, in *Riv. delle soc.*, 1975, 363;
- Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, *Relazione preliminare sui più rilevanti problemi relativi all'istituzione di una società europea*, CNEL, Roma, 1970;
- D'ALFONSO, *La società europea, una nuova forma organizzativa per operare in uno scenario europeo*, in *PMI*, 2002, fasc. 3, 35;
- D'ANDREA, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea*, in *Lav. e previd. oggi*, 2002, fasc. 3, 401;
- DE MARTINI, *Lo statuto della "società europea" in relazione all'ordinamento italiano*, in *Dir. fall.*, 1970, I, 334;
- DI MARCO, *La proposta modificata di società europea*, in *Società*, 1991, 1341;
- DI MARCO, *Si riaccendono le luci sulla società europea: le nuove proposte del Rapporto Davigno*, in *Società*, 1997, 854;
- DI SABATO, *Uniformazione e armonizzazione: gli obiettivi della società europea*, in *Dir. e pratica società*, 2001, fasc. 24, 6;
- DUCOULOUX FAVARD, *Il gruppo europeo di interesse economico (Geie) e la società europea (Se)*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 13;
- FAGIOLI, *Il rilancio della società europea*, in *Dir. fall.*, 1997, I, 1104;
- FIMMANO', *Società europea: ultimo atto*, in *Riv. delle soc.*, 1994, 994

G.D.G., *Studi per la creazione della società commerciale "europea"*, in *Riv. delle soc.*, 1967, 689;

GUACCERO, *La società europea a confronto con la società per azioni italiana a seguito dell'attuazione delle direttive Cee*, in *Vita not.*, 1993, 517;

GUARINO, *Per una società di diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 268;

GUASTI, *Sul prospetto di "statuto" della società europea*, in *Riv. not.*, 1969, 295;

IACOVONE, *Coordinamento del diritto societario dei paesi della CEE e società commerciale europea*, in *Notaro*, 1972, 102;

IANNELLI, *In tema di società commerciale europea*, in *Riv. idrocarburi*, 1967, 21;

LAURINI, *La società europea: luci, ombre e... prospettive*, in *Riv. not.*, 1993, 757;

LEONARDI, *Proposte e ostacoli all'approvazione dello statuto della società europea*, in *Dir. e pratica società*, 1999, fasc. 22, 13;

MARCHETTI, *Società commerciale europea e lavori per l'armonizzazione delle legislazioni sulle società commerciali nei paesi della CEE*, in *Atti del conv. "Società CEE e Stati Uniti" (1969)*, 57;

MARLETTA, *La cogestione delle imprese nella Cee – La partecipazione dei lavoratori nelle proposte di società europea e di V direttiva sulle società per azioni*, Esi, Napoli, 1983;

MARLETTA, *Lo statuto di società europea e la partecipazione dei lavoratori*, in *Dir. pubb. comparato ed europeo*, 2001, 1941;

MARZIALE, *Nasce un nuovo modello: la società europea*, in *Società*, 1990, 7;

*Memorandum relativo all'istituzione di una società commerciale europea*, in *Riv. dott. comm.*, 1966, 872;

*Memorandum della commissione Ce sullo statuto della società europea*, a cura di TIZIANO, in *Foro it.*, 1988, IV, 408;

*Memorandum della commissione Cee al parlamento, al consiglio e alle parti sociali sulla istituzione di una società europea*, in *Dir. fall.*, 1989, I, 413;

MIATELLO, *Considerazioni sulla società per azioni europea*, in *Dir. fall.*, 1975, I, 181;

MIATELLO, *Il problema della rappresentanza dei lavoratori (o cogestione) nella società europea alla luce degli sviluppi politico-economici internazionali*, in *Dir. fall.*, 1977, I, 14;

MICCIO, *Aspetti e significati giuridici dell'istituzione di una società commerciale europea*, in *Comunità medit.*, 1969, 15;

MILLONI, *Considerazioni sulla natura e sulla forma dell'atto costitutivo di una società per azioni europea*, in *Riv. not.*, 1970, 642;

MINERVINI, *Alcuni problemi connessi alla creazione di una società di tipo europeo*, in *Riv. delle soc.*, 1966, 984;

MINERVINI, *Note in tema di statuto della società europea*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 7;

MONOTTI, *La società commerciale europea; le principali difficoltà di realizzazione*, in *Cooperaz. cred.*, 1969, 500;

MONTALENTI, *Lo statuto della società europea*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 571;

MONTELLA, *La società commerciale europea*, in *Temi*, 1967, 565;

MONTINI, LAMANDA, CAPO e ANGELO, *Lo statuto della società europea: nuovi modelli partecipativi di relazioni industriali nel credito*, in *Lavoro e sicurezza soc.*, 1998, fasc. 4, 61;

NAVA, *Disciplina giuridica della società per azioni, innovazioni realizzate ai fini dell'integrazione economica europea e ragioni di una situazione insoddisfacente*, in *Boll. trib.*, 1971, 5;

PACIELLO, *La società europea*, in *Riv. dir. impresa*, 2001, 317;

PANSADORO e CAMPAS SAPERAS, *La società europea: l'ordinamento italiano e spagnolo a confronto*, in *Impresa*, 2001, 1749;

PINTUS, *La società per azioni europea*, in *Riv. europ.*, 1972, 251;

PIRAS, *La società europea come modello-tipo di impresa comunitaria*, in *Studi impresa ord. comunit.*, 1977, 187;

PUGLIESE, *La società europea. (Il progetto della Commissione del 13 maggio 1975)*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 344;

*Rapporto del gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*, in *Riv. delle soc.*, 1967, 699;

RICCARDI, *Il coinvolgimento nella società europea*, in *Dir. e prat. del lav.*, 2002, fasc. 15, 998;

ROTH, *Sviluppo del diritto delle società: la società europea prefigura la società privata europea?*, in *European legal forum*, 2000, 396;

RUTA, *Prospettiva di realizzazione di una società commerciale europea esercente il credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 241;

RUTA, *La società europea ed il continuo interesse degli ambienti economici nazionali, comunitari ed extra comunitari*, in *Atti del conv. "Società CEE e Stati Uniti" (1969)*, 151;

SALINI, *Dagli organismi pubblici internazionali funzionali alla società per azioni europea: le singole tecniche e i modelli uniformi di costituzione*, CIRIEC, Milano, 1970;

SANCILIO, *La nuova proposta per un regolamento comunitario sullo statuto della società europea*, in *Impresa*, 1999, 64;

SANTACROCE, *Società a statuto europeo: al vaglio del consiglio la proposta di regolamento*, in *Dir. e pratica società*, 2001, fasc. 8, 14;

SANTOSUOSSO, *La società europea (giornata di studio)*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 837;

SARAGO', *Il problema della creazione di una società commerciale di tipo europeo*, in *Riv. europ.*, 1967, 47;  
SERPI, *Verso la costruzione della società europea*, in *Rolandino*, 1969, 65;  
SILVESTRO, *La nuova proposta per uno statuto della società europea*, in *Legalità e giustizia*, 1989, 179;  
SIMONETTO, *Problemi e perplessità intorno alla istituzione della società per azioni europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 313;  
SUGLIA, *Una prossima realtà: la "società europea"*, in *Notaro*, 1970, 90;  
TRIOLA, *Partecipazione e cogestione nel progetto di statuto sulle società anonime europee*, in *Lav. prev. oggi*, 1977, 1827;  
Università di Napoli, *La società commerciale europea: atti del convegno di Villa Pignatelli, Napoli, 26-27 maggio 1967*, Jovene, Napoli, 1968;  
VALENTE, *Società europea – Proposta di regolamento per un modello societario paneuropeo*, in *Fisco*, 1999, allegato al n. 35, 304;  
VARVARO, *Progetto di regolamento comunitario per uno statuto delle società per azioni europee: utopia o realtà*, in *Quad. centro studi comun. europ.*, 1981, 97;  
ZIMOLO, *L'armonizzazione del diritto societario nella CEE: la società europea*, in *Dir. prat. assicuraz.*, 1978, 224.



### **Volumi già pubblicati:**

1. ***“Trascrizione del preliminare nelle compravendite immobiliari”.***  
Le modifiche al Codice Civile introdotte dal D.L. 31.12/96 n. 669 convertito in Legge 28.02.97 n. 30.  
Atti del workshop tenuto il 6 marzo 1998.
2. ***“La tutela delle invenzioni e dei modelli industriali”.***  
Dal deposito delle domande di brevetto alla soluzione delle controversie.  
Atti del workshop tenuto il 27 novembre 1998.
3. ***“Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”.***  
Atti del workshop tenuto il 22 aprile 1999.
4. ***“Attuali problematiche dei marchi d’impresa”.***  
Atti del workshop tenuto il 3 giugno 1999.
5. ***“Marchi, denominazione geografiche e di fantasia, elementi e nuove tecnologie in genere nel settore vitivinicolo”.***  
Atti del convegno tenuto il 30 giugno 2000
6. ***“La tutela del Design nell’Unione Europea”***  
Atti del convegno tenuto il 30 marzo 2001
7. ***“Le nuove forme di regolazione del mercato”***  
Le Camere di Commercio arbitri dei rapporti imprese-consumatori.  
Atti del convegno tenuto il 5 ottobre 2001
8. ***“Modello di contratto di agenzia per l’estero”***  
Modello di contratto per esportatori del settore mobile, elaborato a cura di Curia Mercatorum/Camera di Commercio di Treviso