

GAETANO PETRELLI

LO STABILIMENTO DELLE SOCIETÀ COMUNITARIE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Ricognizione delle fonti normative. — 3. La libertà di stabilimento delle società nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. — 4. (*Segue*): osservazioni sui principi di diritto comunitario in tema di libertà di stabilimento delle società. — 5. Rapporto tra normativa comunitaria e norme statali di diritto internazionale privato in materia societaria. — 6. Rapporto tra normativa comunitaria e diritto tributario internazionale. — 7. Profili operativi, tecniche notarili di redazione degli atti e imposizione diretta ed indiretta. - 7.1. La costituzione in Italia di società cui partecipano cittadini stranieri comunitari. - 7.2. L'acquisto e l'alienazione di partecipazioni di società italiane da parte di cittadini comunitari, o di persone residenti in uno Stato membro della Comunità. - 7.3. L'acquisto e l'alienazione di partecipazioni di società comunitarie. - 7.4. L'istituzione in Italia di sede secondaria di società comunitaria. - 7.5. Il trasferimento della sede legale di società comunitaria in Italia. - 7.6. L'istituzione o il trasferimento in Italia della sede effettiva (non legale), o dell'oggetto principale dell'impresa, di società comunitaria.

1. *Premessa.*

Recenti sentenze della Corte di Giustizia europea hanno riaperto il dibattito sulle problematiche connesse al diritto di stabilimento delle società nell'ambito della Comunità europea, ed alle sue concrete modalità di attuazione; materia, questa, che trova un'espressa regolamentazione nel Trattato istitutivo della Comunità (1), la cui effettiva applicazione peraltro è, in notevole misura, condizionata dal tenore delle normative statali, in particolare da quelle di diritto internazionale privato e di diritto tributario internazionale (peraltro fonti di rango subordinato) (2). Proprio l'interferenza tra la disciplina comunitaria e le suddette normative statali ha polarizzato l'attenzione degli studiosi che hanno commentato, recente-

(1) Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, reso esecutivo in Italia con L. 14 ottobre 1957, n. 1203, è stato modificato dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, reso esecutivo in Italia con L. 16 giugno 1998, n. 209; la numerazione degli articoli del Trattato, quale riportata nel testo, è quella risultante dalle suddette modifiche.

(2) Sul primato del diritto comunitario, cfr. di recente Rossi, *Rapporti fra norme comunitarie norme interne*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XII, Torino, 1997, p. 367 ss. (ed ivi riferimenti); Fois, *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

mente, i citati arresti della Corte di Giustizia, e l'importanza del problema esige che dei risultati del dibattito venga dato, sia pure sinteticamente, conto. Non senza avvertire, preliminarmente, che la dottrina è lungi dall'aver raggiunto conclusioni condivise sul punto, e la stessa giurisprudenza comunitaria presenta un andamento discontinuo e, in certa misura, ancora non compiuto (indice, questo, di un'evoluzione in corso nell'elaborazione dei principi governanti la materia). Il che, ovviamente, non esime dal proporre, in questa sede, quella che appare l'interpretazione più convincente, e nel contempo più sicura, delle norme citate. Poiché è evidente che il notaio, al quale si richiedono non solo doti di giurista teorico, ma soprattutto soluzioni pratiche a problemi concreti, dovrà, con il consueto approccio interdisciplinare, applicare le norme comunitarie, le norme statali di diritto internazionale privato, amministrativo e tributario, e le eventuali norme convenzionali in modo da garantire, nell'esplicazione della sua funzione «antiprocedurale», risultati il più sicuri possibile, nei limiti consentiti dalle incertezze interpretative suaccennate. La concreta realizzazione della libertà di stabilimento delle società, infatti, richiede pressoché costantemente l'intervento del notaio: si tratti di costituire una società cui partecipano cittadini comunitari, di ricevere un atto di cessione di partecipazioni sociali da o a favore di tali soggetti, di trasferire la sede di una società dall'estero in Italia o viceversa, o di istituire sedi secondarie in uno Stato diverso da quello nel quale è situata la sede principale.

L'esposizione che segue procederà, quindi, ad una preliminare ricognizione delle fonti normative interessate, per dare quindi conto delle questioni interpretative sollevate e delle soluzioni prescelte; concludendo con l'analisi delle concrete modalità operative da adottarsi in relazione alle varie tipologie di atti societari che investono la problematica della libertà di stabilimento.

2. Ricognizione delle fonti normative.

a) *Diritto comunitario.* — Vengono in considerazione, innanzitutto, le norme del Trattato istitutivo della Comunità europea. L'art. 43, al comma 1, vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di altro Stato membro, ed estende tale disciplina all'apertura di agenzie, succursali o filiali (c.d. diritto di stabilimento secondario) (3). Lo stesso art. 43, al comma 2, precisa che la libertà di

(3) Per l'attuazione del c.d. diritto di stabilimento secondario è stata emanata l'undi-

stabilimento importa l'accesso, tra l'altro, alla costituzione e gestione di imprese ed in particolare di società, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini (c.d. diritto di stabilimento primario). Ai sensi dell'art. 48 del Trattato CE, «le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità, sono equiparate, ai fini dell'applicazione 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 scopo di lucro». L'art. 46, comma 1, dispone che le prescrizioni in tema di libertà di stabilimento lasciano impregiudicata l'applicazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. A norma dell'art. 12, nel campo di applicazione del Trattato CE è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità (4). L'art. 65 del Trattato prevede, tra le competenze della Comunità, la «promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale» (5). Infine, a norma dell'art. 293 del Trattato CE, gli Stati membri avvieranno tra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, «il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, comma 2, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese

cesima direttiva CE, n. 89/666/CEE del 21 dicembre 1989, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato (cfr. il testo in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 325 ss.), attuata in Italia con D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 516, che ha modificato alcune disposizioni del codice civile e delle relative disposizioni di attuazione.

(4) Cfr. sul punto ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità*, in *Riv. dir. fin.*, 1993, I, p. 63 ss.; AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1996.

(5) Sulle nuove competenze della Comunità e dell'Unione europea in tema di diritto internazionale privato, cfr. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «european conflict of laws revolution»?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2000, p. 873; KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Revue critique*, 1999, p. 1; RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Revue critique*, 1993, p. 401.

Sui rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale generale, cfr. AMADEO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee ed i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2000, p. 895.

a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse».

b) *Diritto internazionale privato*. — La disciplina italiana di diritto internazionale privato delle società è contenuta, essenzialmente, nell'art. 25 della L. 31 maggio 1995, n. 218, a norma del quale le società e le persone giuridiche sono disciplinate dalla legge dello Stato in cui si è completato il procedimento di costituzione (c.d. teoria dell'incorporazione); peraltro, giusto quanto risulta dal precedente art. 13, la legge come sopra richiamata comprende anche le relative norme di diritto internazionale privato, con la conseguenza che, essendo ammesso il rinvio nelle forme del rinvio indietro e del rinvio oltre, è possibile — ove la legge richiamata adotti un diverso criterio di collegamento, ad esempio quello della sede effettiva e reale della società — che sia quest'ultimo criterio ad applicarsi (6). Il suddetto art. 25, inoltre, prevede l'applicabilità della legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, o se ivi si trova l'oggetto principale dell'ente. Dispone infine, al comma 3, che i trasferimenti della sede statutaria tra Stati diversi, e le fusioni di enti con sede in Stati diversi, hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.

Altre disposizioni interessanti il diritto internazionale privato sono contenute negli articoli da 2507 a 2510 c.c. (Capo X del titolo V del libro V), quali modificati dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, di riforma del diritto societario. L'art. 2507 dispone che l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni del Capo X suddetto è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee. L'art. 2508 disciplina la pubblicità delle sedi secondarie in Italia di società estere, in attuazione della direttiva CE n. 89/666 del 21 dicembre 1989. L'art. 2509 assoggetta le società costituite all'estero, di tipo diverso da quelli regolati dalla legge italiana, alle norme della società per azioni relative agli obblighi di iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese ed alla responsabilità degli amministratori. L'art. 2509-bis dispone che, fino all'adempimento delle formalità suindicate, coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali. Infine, l'art. 2510 fa salve le

(6) È pacifica l'applicabilità del rinvio anche in materia di società: cfr., tra gli altri, BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 366 ss.; LUZZATTO-AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 149; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 1997, p. 35; BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, a cura del Comitato Regionale Notarile Lombardo, Milano, 1996, p. 68; BENEDETTELLI, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, commento all'art. 25*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1125 ss.

disposizioni delle leggi speciali che vietano o sottopongono a particolari condizioni l'esercizio di determinate attività da parte di società nelle quali siano rappresentati interessi stranieri.

La disciplina di diritto internazionale privato si completa con le norme contenute in convenzioni internazionali, essenzialmente bilaterali, che l'Italia ha ratificato, e che disciplinano il riconoscimento delle società (7);

(7) Cfr. in particolare:

1) l'art. 4 del Trattato di commercio e di navigazione tra Italia e Belgio, firmato a Roma il giorno 11 dicembre 1882, reso esecutivo in Italia con L. 30 dicembre 1882, n. 1148, che dispone che le Parti contraenti riconoscono reciprocamente a tutte le società commerciali, industriali o finanziarie, costituite e autorizzate secondo la legge di uno dei due Stati, la facoltà di esercitare ogni diritto, e di stare in giudizio attivamente e passivamente, senza altra condizione che quella di conformarsi alla legge dello Stato di costituzione;

2) l'art. 5 del Trattato di commercio e navigazione tra Italia e Finlandia, firmato a Roma il 22 ottobre 1924, reso esecutivo in Italia con R.D.L. 30 dicembre 1924, n. 2176, convertito in L. 31 gennaio 1926, n. 1152, ai sensi del quale le società civili, commerciali, industriali, finanziarie e di assicurazione, domiciliate nel territorio di uno Stato contraente, ed ivi validamente costituite conformemente alla legge ivi vigente, sono riconosciute come legalmente esistenti nel territorio dell'altro Stato, e possono esercitarvi la loro attività ed ogni diritto, e stare in giudizio attivamente e passivamente;

3) l'art. 7 della Convenzione di stabilimento tra Italia e Francia, firmata a Parigi il 23 agosto 1951, resa esecutiva in Italia con L. 12 marzo 1953, n. 202. Ai sensi di tale norma: *a*) sono riconosciute da ciascuna delle Parti contraenti come esistenti regolarmente, salvo il limite dell'ordine pubblico, le società civili e commerciali costituite sul territorio dell'altra Parte e che vi hanno la loro sede sociale; *b*) le società di una delle parti contraenti possono esercitare la loro attività nell'altro Stato conformemente alle disposizioni più favorevoli, applicabili alle società straniere, e tenervi succursali, agenzie ed uffici; *c*) senza pregiudizio dei diritti come sopra riconosciuti, le società controllate da persone cittadine di uno dei due Stati possono beneficiare, nel territorio dell'altro Stato, del regime nazionale per le materie suindicate; *d*) l'apertura delle succursali, agenzie ed uffici è comunque sottoposta all'adempimento delle formalità richieste dalla legge dello Stato in cui è aperta la succursale o filiale riguardo alle società straniere;

4) il Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra Italia e Germania, firmato a Roma il 21 novembre 1957, reso esecutivo in Italia con L. 9 marzo 1961, n. 436, in base al quale: *a*) alle società, associazioni e persone giuridiche, aventi sede nel territorio di uno dei due Stati e legalmente costituite in base alle leggi di tale Stato, è riconosciuto il relativo stato giuridico nel territorio dell'altro Stato (art. 33); *b*) ciascuno Stato rimane libero di sottoporre le società dell'altro Stato, la cui forma giuridica differisce dalle forme di società ammesse dalla sua legge nazionale, agli obblighi relativi all'iscrizione degli atti sociali nel registro delle imprese, la responsabilità degli amministratori e la pubblicità dei bilanci; e di chiedere che in materia di capitale sociale e di bilanci le società dell'altro Stato adempiano alle esigenze corrispondenti a quelle richieste per le società nazionali della stessa forma giuridica (art. 8, comma 5); *c*) alle società di uno Stato è accordato nel territorio dell'altro il trattamento delle società nazionali, per la conclusione di negozi giuridici di ogni tipo (art. 12);

5) l'art. 10 del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra Italia e Grecia, firmato a San Remo il 5 novembre 1948, reso esecutivo in Italia con L. 3 luglio 1950, n. 886, in base al quale: *a*) le società civili e commerciali, regolarmente costituite sul territorio di uno dei due Stati, aventi ivi la propria sede sociale, e che esercitano sul territorio dell'altro Stato un'attività esclusivamente commerciale, sono riconosciute di pieno diritto in questo secondo Stato come regolarmente esistenti; *b*) la legalità della costituzione delle suddette società, la loro capacità di stare in giudizio e quella delle loro succursali ed agenzie, sono determinate in base al loro statuto, ed alla legge dello Stato nel quale dette società sono state costituite; *c*) le suddette società possono trasferire la propria sede nell'altro Stato, aprirvi filiali, succursali ed agenzie, esercitarvi ogni attività industriale e commerciale seguendo le modalità, limitazioni e condizioni ivi previste per le società straniere;

convenzioni che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Roma del 1957, devono essere ritenute ancora vigenti nei limiti di compatibilità con il medesimo Trattato, ed in conformità alle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 23 maggio 1969 (resa esecutiva in Italia con L. 12 febbraio 1974, n. 112), il cui art. 30 disciplina il rapporto tra più convenzioni successive riguardanti la stessa materia (8) (ove, ovviamente, si tratti di convenzioni tra le stesse parti contraenti; il rapporto con le convenzioni stipulate tra Stati membri e Stati terzi è risolto, invece, dal nuovo art. 307 del Trattato CE).

c) *Diritto tributario internazionale.* — Esistono, nel nostro ordinamento, diverse norme di diritto tributario internazionale, che disciplinano, sia sotto il profilo dell'imposizione diretta che di quella indiretta, i fenomeni in oggetto. Quanto al primo profilo, vengono in considerazione, in particolare, l'art. 3, comma 1, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, a norma del quale l'imposta sul reddito delle persone fisiche si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi posseduti, e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato (9); gli artt. 20 e 21 del T.U.I.R. stabiliscono i presupposti e le

6) l'art. 1 della Convenzione bilaterale tra Italia e Paesi Bassi relativa alle società anonime ed altre associazioni commerciali, industriali e finanziarie, firmata all'Aja il giorno 11 aprile 1868, resa esecutiva in Italia con R.D. 5 maggio 1869, n. 5051, dispone che le società commerciali, costituite ed autorizzate secondo la legge di uno dei due Stati, sono riconosciute e possono esercitare ogni diritto nel territorio dell'altro Stato;

7) l'art. V della Convenzione consolare tra Italia e Spagna, firmata a Sant'Ildefonso il 21 luglio 1867, resa esecutiva in Italia con R.D. 21 novembre 1867, n. 4094, dispone che le società commerciali, costituite od autorizzate in base alla legge di uno dei due Stati, sono riconosciute ed hanno facoltà di esercitare tutti i loro diritti e di stare in giudizio nel territorio dell'altro Stato, a condizione di uniformarsi alle leggi in vigore in quest'ultimo Stato.

(8) Occorre, infatti, considerare che, secondo l'opinione della Corte costituzionale e della dottrina prevalente, le norme del Trattato CE, recepite nell'ordinamento italiano con legge ordinaria, hanno lo stesso rango normativo del relativo ordine di esecuzione: cfr. ZANGHI, *Comunità europea*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2002, p. 316 (ed ivi riferimenti).

(9) A norma dell'art. 2, comma 2, del T.U.I.R., si considerano residenti in Italia le persone fisiche che per la maggior parte del periodo d'imposta (quindi 183 giorni, o 184 giorni negli anni bisestili) sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente, o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile. Si ritiene che la qualifica di residente, come sopra attribuita, comporti l'imposizione in Italia per l'intero periodo d'imposta, compresa la frazione in cui non sussisteva detta qualifica di residente: MARINO, *La residenza*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 211. Quanto ai cittadini italiani residenti all'estero per ragioni di servizio, gli stessi si considerano residenti secondo le regole ordinarie (iscrizione anagrafica, residenza o domicilio in Italia). Relativamente alle società di persone ed associazioni tra professionisti, di cui all'art. 5 del T.U.I.R., le stesse si considerano residenti in Italia, ai sensi dell'art. 5, comma 3, lett. d), se per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale, o la sede dell'amministrazione, o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Ai fini di cui sopra, l'oggetto principale è determinato in base all'atto costitutivo — se esistente in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata — e, in mancanza, in base all'attività effettivamente esercitata. Relativamente alle società di capitali ed altri soggetti IRPEG, gli stessi si considerano residenti in

modalità di applicazione dell'imposta sui redditi ai non residenti; l'art. 20-bis del suddetto D.P.R. n. 917 del 1986 (aggiunto dall'art. 30 del D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, convertito in L. 22 marzo 1995, n. 85), dispone che il trasferimento della sede dell'impresa all'estero, che comporti la perdita della residenza ai fini delle imposte sui redditi, costituisce realizzo, al valore normale, dei componenti dell'azienda. Diverse disposizioni riguardano poi le società, ed innanzitutto l'art. 20, comma 1, lett. g), del T.U.I.R., ai sensi del quale, trattandosi di società di persone residenti in Italia, a cui partecipano soggetti non residenti, il reddito imputato a questi ultimi è soggetto a tassazione in Italia; nonché l'art. 87, comma 1, lett. d), del T.U.I.R., che ricomprende le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti in Italia tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche. A norma dell'art. 112 del T.U.I.R., per le società non residenti è imponibile in Italia esclusivamente il reddito prodotto nel territorio dello Stato, comprensivo sia dei redditi derivanti da attività commerciali conseguiti attraverso stabili organizzazioni che di quelli derivanti da attività svolte direttamente dalla casa madre; e comprensivo anche, in particolare, delle plusvalenze derivanti da alienazione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti. Ai sensi dell'art. 113 del T.U.I.R., nei confronti delle società ed enti commerciali non residenti con stabile organizzazione in Italia, il reddito complessivo prodotto in Italia si determina, salvo che per le società semplici, unitariamente con applicazione delle norme sul reddito d'impresa, sulla base di apposito conto dei profitti e delle perdite, relativo alla gestione delle stabili organizzazioni ed alle altre attività produttive di redditi imponibili in Italia. Quanto agli enti non commerciali non residenti con stabile organizzazione, gli stessi, ai sensi del successivo art. 114 del T.U.I.R., sono equiparati, relativamente ai redditi prodotti in Italia dalla stabile organizzazione, agli enti non commerciali residenti. Ai sensi dell'art. 14, ult. comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, le società e gli enti che esercitano attività

Italia, ai sensi dell'art. 87 T.U.I.R., se per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale, o la sede dell'amministrazione, o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Ai fini di cui sopra, l'oggetto principale è determinato in base all'atto costitutivo — se esistente in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata — e, in mancanza, in base all'attività effettivamente esercitata. Relativamente agli enti non residenti, peraltro, si ha in ogni caso riguardo all'attività effettiva. Inoltre, le società di persone ed associazioni di professionisti non residenti sono soggetti ad IRPEG, ai sensi dell'art. 87, comma 1, lett. d), e comma 2, del T.U.I.R. La suindicata disciplina è richiamata anche agli effetti dell'IRAP, dall'art. 12, comma 3, del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446.

Nell'ordinamento italiano non assume quindi alcun rilievo, ai fini fiscali, la cittadinanza o nazionalità della persona, fisica o giuridica: per tale rilievo, cfr. BIGONI-MANDELLI, in *Le imposte dirette nel diritto tributario internazionale italiano*, Milano, 1992, p. 6; LA MEDICA, *Residenza e cittadinanza (dir. trib.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

commerciali in Italia mediante stabili organizzazioni devono rilevare distintamente nella contabilità i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del medesimo decreto, è obbligatoria la redazione di un apposito bilancio relativo alle attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni.

La materia dell'imposizione diretta è poi interessata dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, vigenti tra gli Stati membri della Comunità europea (10).

(10) Cfr., in particolare:

— la Convenzione bilaterale tra Italia ed Austria, firmata a Vienna il 29 giugno 1981, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 18 ottobre 1984, n. 762, con Protocollo firmato a Vienna il 25 novembre 1987, reso esecutivo in Italia con L. 16 ottobre 1989, n. 365;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Belgio, firmata a Roma il 29 aprile 1983, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi ed evasioni fiscali, con Protocollo aggiuntivo, firmato a Roma il 19 dicembre 1984, resa esecutiva in Italia con L. 3 aprile 1989, n. 148;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Danimarca, firmata a Copenaghen il 5 maggio 1999, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 11 luglio 2002, n. 170, entrata in vigore il 27 gennaio 2003;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Finlandia, firmata a Helsinki il 12 giugno 1981, per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 25 gennaio 1983, n. 38;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Francia, firmata a Venezia il 5 ottobre 1989, per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 7 gennaio 1992, n. 20;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Germania, firmata a Bonn il 18 ottobre 1989, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 24 novembre 1992, n. 459;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Grecia, firmata ad Atene il 3 settembre 1987, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 30 dicembre 1989, n. 445;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, firmata a Pallanza il 21 ottobre 1988, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 5 novembre 1990, n. 329;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Irlanda, firmata a Dublino il giorno 11 giugno 1971, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 9 ottobre 1974, n. 583;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Lussemburgo, firmata a Lussemburgo il 3 giugno 1981, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 14 agosto 1982, n. 747;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Paesi Bassi, firmata all'Aja il giorno 8 maggio 1990, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 26 luglio 1993, n. 305;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Portogallo, firmata a Roma il 14 maggio 1980, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 10 luglio 1982, n. 562;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Spagna, firmata a Roma il giorno 8 settembre

In relazione all'imposizione indiretta, trovano applicazione l'art. 4 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (che stabilisce i casi in cui sono soggetti a registrazione l'istituzione in Italia della sede legale o della sede dell'amministrazione di società costituite all'estero, il trasferimento in Italia della suddetta sede, l'istituzione o il trasferimento in Italia di sedi secondarie, o dell'oggetto principale dell'impresa), in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, lett. c), del medesimo Testo Unico, e con l'art. 11 della relativa tariffa, parte seconda. In ordine al problema della soggettività IVA delle società non residenti (11), per le operazioni da esse compiute, si rileva che le società residenti all'estero, o di nazionalità straniera, assimilabili ad uno dei tipi previsti dal diritto italiano, sono senz'altro soggetti passivi ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, poiché l'art. 4, comma 2, n. 1, del D.P.R. n. 633 del 1972 non pone alcun requisito di residenza o di nazionalità ai fini di detta soggettività (12). Le società residenti all'estero, non rientranti in uno dei tipi disciplinati dal diritto italiano (quali previste dall'art. 2507 c.c., ora trasfuso, a seguito della riforma del diritto societario, nel nuovo art. 2509), hanno la soggettività passiva ai fini IVA, secondo l'opinione prevalente, a prescindere dall'esistenza di una sede secondaria in Italia (13).

d) Diritto amministrativo internazionale. — Rilevano infine, sotto il profilo in esame, le disposizioni che — al precipuo, ma non esclusivo, scopo di realizzare la pubblicità delle vicende societarie in oggetto — prevedono l'onere, in relazione agli atti formati all'estero dei quali occorra fare uso in Italia, di preventivo deposito negli atti di un notaio, o di un archivio notarile italiano; precisato che proprio l'iscrizione nel registro delle imprese costituisce uno dei casi di uso in Italia, per cui è richiesto il suddetto deposito (art. 106, n. 4, della L. 16 febbraio 1913, n. 89; art. un. della L. 13 marzo 1980, n. 73, come modificato dall'art. 6 del D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 516).

1977, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 29 settembre 1980, n. 663;

— la Convenzione bilaterale tra Italia e Svezia, firmata a Roma il 6 marzo 1980, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, resa esecutiva in Italia con L. 4 giugno 1982, n. 439.

(11) Sulle problematiche relative all'assolvimento degli obblighi IVA da parte delle società non residenti (stabili organizzazioni, rappresentante fiscale, identificazione diretta, ecc.), e sulla disciplina dell'imposta sul valore aggiunto negli scambi intracomunitari, cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, Milano, 2003, p. 824 ss., 844 ss.

(12) Ris. Min. Fin., 24 febbraio 1977, n. 364696.

(13) Cfr., soprattutto, PERRONE, *Soggettività IVA e requisiti di cui all'art. 2507 c.c.*, in *Fisco*, 2002, p. 6030 (ed ivi riferimenti).

3. *La libertà di stabilimento delle società nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

Le sentenze della Corte di Giustizia assumono un'importanza fondamentale ai fini dell'interpretazione delle norme comunitarie. Alla Corte compete, infatti, l'interpretazione in via pregiudiziale delle norme del Trattato e delle altre fonti comunitarie (art. 234 del Trattato CE) e, pur non essendo la relativa giurisprudenza vincolante al di là del caso concreto (14), è evidente che la rilevanza e l'autorevolezza della stessa non possono non influire sulla concreta applicazione delle norme interpretate.

Secondo una costante giurisprudenza della Corte, l'art. 43 del Trattato (15) è una delle disposizioni fondamentali della Comunità, ed è direttamente efficace negli Stati membri dalla scadenza del periodo transitorio (16). Altrettanto pacifica è la circostanza che le norme del Trattato in materia di libertà di stabilimento si applicano solo ai cittadini degli Stati membri della Comunità (17), e che la sede delle società, nel senso chiarito dall'art. 48 del Trattato, «serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato» (18), come pure l'affermazione — sulla base dell'art. 12 del Trattato — dell'illegittimità delle c.d. discriminazioni indirette, cioè a dire di quelle discriminazioni che, in punto di fatto, si risolvono in situazioni in danno dei cittadini comunitari di nazionalità diversa da quella del Paese di vigenza

(14) FOIS, *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 4; BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1997; CAPOTORTI, *Corte di Giustizia della Comunità europea*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

(15) Sul diritto di stabilimento in genere, cfr. di recente GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, p. 486; PENNETTA, *Stabilimento (diritto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; DE DOMINICIS, *Stabilimento (diritto di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 559.

(16) Cfr. le sentenze *Thieffry*, del 28 aprile 1977, causa n. 71/76; *Commissione c/Francia*, del 28 gennaio 1986, causa n. 270/83; *Royal Bank of Scotland*, del 29 aprile 1999, causa n. 311/97; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97.

Il testo integrale di tutte le sentenze della Corte di Giustizia, citate nel testo, può essere reperito sul sito Internet «<http://www.curia.eu.int/>».

(17) Corte Giustizia CE, 25 giugno 1992, causa n. 147/91.

Secondo Corte Giustizia CE, 7 luglio 1992, causa n. 369/90, «Le norme comunitarie in materia di diritto di stabilimento ostano a che uno Stato membro rifiuti il beneficio di tale libertà al cittadino di un altro Stato membro che possieda contemporaneamente la cittadinanza di uno Stato terzo adducendo che la legislazione del primo Stato, ove viene invocata la libertà di stabilimento, lo considera cittadino dello Stato terzo».

(18) Cfr., tra le altre, le sentenze *Commissione c/Francia*, del 28 gennaio 1986, causa n. 270/83; *Commerzbank*, del 13 luglio 1993, causa n. 330/91; *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, del 16 luglio 1998, causa n. 264/96; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97.

della legislazione interessata (19). A maggior ragione, ovviamente, sono illegittime le discriminazioni dirette, quali quelle che limitano l'esercizio di determinate attività a società aventi sede nello Stato della cui legislazione si tratta (20).

La prima decisione veramente significativa della Corte di Giustizia, nel percorso giurisprudenziale di interpretazione della libertà di stabilimento comunitaria delle società, è la sentenza *Commissione c/Francia* del 28 gennaio 1986, causa n. 270/83, che ha riconosciuto alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro, che abbiano la sede o il centro principale di attività nell'ambito della Comunità, il diritto di svolgere la loro attività in altro Stato membro per mezzo di agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti dalla legge dello Stato ospitante alle proprie società nazionali. Poco dopo, con la sentenza *Segers* del 10 luglio 1986, causa n. 79/85, la Corte — trovandosi a giudicare di una controversia di natura previdenziale, ha chiaramente stabilito che uno Stato membro non può discriminare una società costituita a norma del diritto di un altro Stato membro, anche se, manifestamente, la società straniera non svolge attività commerciali nello Stato in cui è stata costituita, e che l'esigenza di prevenzione di abusi non giustifica una siffatta discriminazione, salva la possibilità di applicare l'art. 56 (ora art. 46) del Trattato in caso di pratiche fraudolente ed in presenza di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o pubblica sanità.

Successivamente, la sentenza *Daily Mail* del 27 settembre 1988, causa n. 81/87, giudicando di una questione pregiudiziale nell'ambito di una controversia tributaria, ha affermato che — allo stato attuale di evoluzione del diritto comunitario e dell'armonizzazione dei diritti nazionali — sono legittime le disposizioni della legge britannica che, in relazione al trasferimento della sede sociale verso un altro Stato membro, prevedono delle limitazioni (più precisamente, condizionano ad una previa autorizzazione dell'amministrazione fiscale) al mantenimento della personalità giuridica di diritto britannico in concomitanza con detto trasferimento di sede; ciò perché la personalità giuridica è una creazione del diritto nazionale, e spetta solo a quest'ultimo disciplinarne la nascita e l'estinzione. La sentenza quindi non sancisce — contrariamente a quanto frettolosamente

(19) La prima sentenza della Corte di Giustizia in materia è quella del caso *Sotgin c. Deutsche Bundesposte*, del 12 febbraio 1974, causa n. 152/73.

(20) Corte Giustizia CE, 6 giugno 1996, causa n. 101/94, anche in *Foro it.*, 1996, IV, c. 353.

ritenuto da alcuni interpreti (21) — la legittimità di restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dello Stato di origine della società, ma riconosce semplicemente (come chiarito anche dalla successiva sentenza *Übersee-ring*, *infra* citata) la possibilità che detto Stato di origine non mantenga ulteriormente la personalità giuridica di diritto interno dell'ente a seguito del trasferimento di sede all'estero (impregiudicato, invece, l'obbligo di riconoscimento, da parte del medesimo Stato di origine, della nuova personalità giuridica di diritto straniero che l'ente eventualmente acquisisca come conseguenza del medesimo trasferimento di sede). Del resto, la successiva giurisprudenza ha chiarito espressamente che «sebbene, così come formulate, le norme relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e corrispondente alla definizione dell'art. 58 (ora art. 48) del Trattato» (22).

Il punto di vista dello Stato nel quale viene svolta l'attività sociale è invece analizzato nella sentenza *Centros*, del 9 marzo 1999, causa n. 212/97. In quest'occasione, la Corte ha avuto modo di precisare:

1) che è legittimo, per una società comunitaria, costituirsi in uno Stato membro ed esercitare, invece, esclusivamente in un altro Stato membro la propria attività;

2) che la suddetta circostanza non è di per sé sufficiente a configurare un abuso del diritto comunitario, tale da legittimare restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dello Stato ospitante;

3) che, in particolare, non può essere rifiutata la registrazione di una succursale in uno Stato membro diverso da quello di costituzione, per il solo fatto che in quest'ultimo non venga svolta alcuna attività da parte della società;

4) che l'elusione delle disposizioni di uno Stato membro che prevedono un capitale minimo della società non legittima restrizioni alla libertà di stabilimento in base all'art. 46 del Trattato (per motivi cioè di ordine pubblico); da un lato, infatti, i creditori dello Stato ospitante si troverebbero nelle medesime condizioni se la società effettivamente esercitasse la propria attività principale nello Stato di costituzione, e solo in via

(21) MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 573 ss.

(22) Cfr. le sentenze *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, del 16 luglio 1998, causa n. 264/96; *X e Y*, del 18 novembre 1999, causa n. 200/98; *AMID v. Stato Belga*, del 14 dicembre 2000, causa n. 141/99.

secondaria operasse nello Stato della propria sede effettiva; dall'altro lato, la tutela dei creditori e dei terzi è sufficientemente perseguita dalle norme che tutelano, per l'appunto, l'informazione a favore di tali soggetti (quarta direttiva CE, n. 78/660 del 25 luglio 1978, sui conti annuali di alcuni tipi di società; undicesima direttiva CE, n. 89/666 del 21 dicembre 1989, sulla pubblicità delle succursali), e quindi dalla possibilità, per detti creditori, di conoscere la legge regolatrice della società e di preconstituirsì, all'occorrenza, apposite garanzie;

5) che i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento per motivi di interesse generale devono soddisfare, secondo la giurisprudenza della Corte, quattro condizioni: devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (23); tali condizioni non sono soddisfatte nella fattispecie in esame;

6) che non è peraltro possibile avvalersi abusivamente e fraudolentemente del diritto comunitario al fine di sottrarsi all'imperio di una legge nazionale (con possibilità quindi dello Stato in cui è posta la sede effettiva della società di adottare tutte le misure idonee a prevenire e sanzionare le frodi) (24); ma che il mero fatto di costituire una società in uno Stato membro e poi esercitare l'attività commerciale, anche a mezzo di una succursale, in altro Stato membro non configura di per sé abuso del diritto comunitario.

Le suddette conclusioni sono state ribadite dalla sentenza *Überseering* del 5 novembre 2002, causa n. 208/2000, che ha altresì precisato quanto segue:

1) l'art. 293 del Trattato CE non costituisce una riserva di competenza a favore degli Stati membri in relazione al riconoscimento delle società ed al mantenimento della relativa personalità giuridica, poiché prevede l'esigenza di negoziati tra gli Stati membri solo «per quanto occorra», ossia nelle ipotesi in cui le disposizioni del Trattato non consentono di realizzare gli obiettivi dello stesso; si tratta, in altri termini, di convenzioni che possono facilitare la realizzazione della libertà di stabili-

(23) Cfr. per tale orientamento, oltre alla sentenza *Centros*, la sentenza *Kraus* del 31 marzo 1993, causa n. 19/92, e la sentenza *Gebhard* del 30 novembre 1995, causa n. 55/94.

(24) Cfr., in particolare, la sentenza *Kefalas* del 12 maggio 1998, causa n. 367/96.

Sull'abuso del diritto comunitario, cfr. NIZZO, *L'abuso dei «diritti comunitari»: un quesito non risolto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, p. 766; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 90 ss.; ID., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

mento, ma in loro assenza l'esercizio di tale libertà non può comunque essere condizionato;

2) quindi lo Stato membro in cui la società intenda trasferire la propria sede effettiva non può disconoscere la personalità giuridica di origine della società, e di conseguenza la sua capacità di diritto sostanziale e processuale, anche se tale società non è conforme, nella sua organizzazione, alla legge dello Stato in cui venga a trovarsi la sede effettiva;

3) conseguentemente sono illegittime, dal punto di vista comunitario, le disposizioni della legge nazionale (come quella tedesca) che obbligano, in tali ipotesi, la società che abbia trasferito la propria sede effettiva a ricostituirsi (o adeguare il proprio statuto) in conformità alle disposizioni dello Stato ospitante;

4) l'elusione di disposizioni imperative dello Stato della sede effettiva (quali quelle sul capitale minimo, sul diritto dei gruppi, sulla cogestione da parte dei lavoratori), se può — in determinate circostanze e condizioni — legittimare restrizioni alla libertà di stabilimento, in nessun caso giustifica il disconoscimento della personalità e capacità giuridica dell'ente;

5) l'acquisizione da parte di una o più persone fisiche residenti in uno Stato membro di partecipazioni di una società costituita in un altro Stato membro rientra nella disciplina della libera circolazione dei capitali, allorché a seguito di tale acquisizione non si conferisca a tali persone il controllo della società, mentre in caso contrario rientra nella disciplina della libertà di stabilimento (25).

Questo il panorama della giurisprudenza della Corte di Giustizia alla data odierna. Occorre, peraltro, segnalare due cause pendenti presso la medesima Corte, in relazione alle quali sono state già pubblicate le conclusioni dei rispettivi Avvocati generali:

a) la causa *Inspire Art*, n. 167/2001: l'Avvocato generale Siegbert Alber, nelle conclusioni presentate il 30 gennaio 2003, ha ritenuto — ribadendo le argomentazioni delle sentenze *Centros* e *Überseering* — non legittime le disposizioni della legge olandese che prevedono una particolare modalità di iscrizione per le società «formalmente straniere» che, costituite all'estero, esercitino in realtà la propria attività esclusivamente in Olanda (c.d. *pseudo foreign companies*), nonché le disposizioni della medesima legge olandese che prevedono la responsabilità solidale degli amministratori per il periodo durante il quale il patrimonio netto della società, in conseguenza della distribuzione di utili ai titolari di quote o dell'acquisto di quote, scende al di sotto del minimo previsto dalla legge olandese.

(25) In tal senso cfr. anche la sentenza *Baars* del 13 aprile 2000, causa n. 251/98.

b) la causa *de Lasteyrie du Saillant*, n. 9/2002: nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jean Mischo, presentate il 13 marzo 2003, si ravvisa il contrasto con il diritto comunitario delle norme nazionali che prevedono, in via generalizzata, l'immediato assoggettamento a tassazione — in caso di trasferimento della sede sociale all'estero — delle plusvalenze «virtuali», non ancora in effetti realizzate, relative ai beni dell'azienda sociale, in quanto tale disciplina è tale da scoraggiare l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento.

4. (Segue): *osservazioni sui principi di diritto comunitario in tema di libertà di stabilimento delle società.*

Dall'esame delle norme del Trattato sulla libertà di stabilimento, e dell'interpretazione giurisprudenziale che ne è stata data, è possibile trarre alcune importanti indicazioni circa il relativo ambito di applicazione.

In primo luogo, l'art. 48, comma 1, nell'individuare i soggetti attivi del diritto di stabilimento si riferisce alle società che:

a) sono costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro;

b) hanno la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità.

Le due condizioni suindicate devono ricorrere cumulativamente, con la conseguenza che, da un lato, sono escluse dal diritto di stabilimento le società costituite in conformità alla legge di uno Stato extracomunitario, dall'altro, sono altresì escluse le società che, pur costituite in uno Stato membro, abbiano sia la propria sede legale, che la sede effettiva e l'oggetto principale dell'attività al di fuori della Comunità europea. In altri termini — come del resto chiarito dal Programma generale del 1961 per l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento (26) — godono della libertà di stabilimento solo le società che abbiano un legame effettivo e continuativo con almeno uno degli Stati membri della Comunità.

In secondo luogo, dall'art. 43 del Trattato è possibile enucleare un diritto di stabilimento primario (diritto alla costituzione e gestione di imprese ed in particolare di società, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini), ed un diritto di stabilimento secondario (diritto all'apertura di agenzie, succursali o filiali). Superata — con la sentenza *Überseering* — l'incertezza in ordine

(26) Pubblicato in *G.U.C.E.* n. 2 del 15 gennaio 1962.

all'effettiva portata da un lato della sentenza *Centros* (che formalmente appare limitarsi alla problematica dell'istituzione di sedi secondarie), dall'altro lato della sentenza *Daily Mail* (che i commentatori meno recenti avevano interpretato come limitativa del diritto di stabilimento dal punto di vista dello Stato di provenienza della società), oggi può senz'altro affermarsi che le disposizioni della legge dello Stato membro nel cui territorio una società, costituita in altro Stato membro, collochi sia una succursale che la sede principale dell'attività, non devono in alcun modo ostacolare la libertà di stabilimento, e non possono disconoscere né la personalità e capacità giuridica della società, né la sua organizzazione, quale disciplinata dalla legge dello Stato di provenienza.

Parimenti, e stavolta dal punto di vista dello Stato di provenienza della società, sono da considerarsi illegittime le restrizioni, di natura sostanziale o fiscale, che in qualsiasi modo limitino o comprimano il diritto della società a stabilirsi in un altro Stato membro; ferma soltanto — nell'attuale stadio di evoluzione del diritto comunitario e dell'armonizzazione dei diritti nazionali — la prerogativa dello Stato di origine della società di far venir meno la personalità giuridica di diritto interno, a seguito del trasferimento della sede sociale all'estero.

Ovviamente, la piena attuazione dei principi suesposti si scontra con l'imperfetta armonizzazione dei diritti nazionali, che talvolta (come è, ad esempio, il caso della Germania) non disciplinano, anzi disconoscono il fenomeno del trasferimento della sede sociale da o all'estero. Tale circostanza può, in concreto, impedire l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento, quantomeno nella forma del trasferimento della sede in altro Stato membro, e proprio in funzione di tali ipotesi si giustifica la disposizione dell'art. 293 del Trattato, che rimanda a negoziati tra gli Stati membri l'effettivo riconoscimento delle società, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da uno Stato all'altro, e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse.

5. *Rapporto tra normativa comunitaria e norme statali di diritto internazionale privato in materia societaria.*

È noto che, in diritto internazionale privato comparato, si fronteggiano — in quella che è stata definita una sorta di «guerra santa» (27) — due teorie, e due criteri di collegamento relativamente alla disciplina delle

(27) BROGGINI, *Conflitto di leggi, armonizzazione e unificazione nel diritto europeo delle obbligazioni e delle imprese*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1995, p. 252.

società e delle persone giuridiche: il criterio dell'incorporazione (*Grundungstheorie*), che fa riferimento alla legge dello Stato secondo le cui norme la società è stata costituita, o incorporata; ed il criterio della sede effettiva (*Sitztheorie*, o teoria del *siège réel*), che fa invece riferimento al luogo in cui è situata l'effettiva direzione economica dell'ente. Si è rilevato che il primo criterio, quello dell'incorporazione, nasce storicamente nell'ordinamento inglese, nella fase di espansione dell'ordinamento britannico, con la precipua finalità di mantenere sotto l'imperio della legislazione britannica le società la cui direzione effettiva veniva a trovarsi nelle colonie; e che il secondo criterio, quello del *siège réel*, nasce invece in Francia, nel tentativo di ostacolare la migrazione delle imprese dal territorio nazionale (28).

Nell'ambito della Comunità europea entrambi i criteri sono rappresentati, talvolta in forma pura, talvolta con commistioni tra l'uno e l'altro criterio (29). Si ascrivono al criterio del luogo di incorporazione gli ordinamenti britannico, irlandese, danese, finlandese, svedese. Adottano, invece, il criterio della sede effettiva l'Austria, la Francia, il Belgio, il Lussemburgo, la Germania, la Grecia.

Altri ordinamenti (quello italiano, come sopra visto, nonché quelli portoghese, spagnolo e olandese) adottano un criterio misto. Per l'ordinamento portoghese, la legge personale delle società commerciali è quella dello Stato in cui si trova la sede principale ed effettiva della loro amministrazione; tuttavia, la società la cui sede statutaria si trova in Portogallo non può opporre ai terzi la sua sottomissione ad una legge diversa da quella portoghese (art. 3, comma 1, D.L. n. 262 del 1986). Quanto alla disciplina spagnola, a norma dell'art. 9, comma 11, c.c., la legge personale — determinata dalla nazionalità della persona giuridica — ne disciplina capacità, costituzione, rappresentanza, funzionamento, trasformazione, scioglimento ed estinzione. Ai sensi dell'art. 15 c. comm., sono straniere le società costituite all'estero; ai sensi dell'art. 28 c.c., le persone giuridiche riconosciute dalla legge e con sede in Spagna hanno nazionalità spagnola, sempre che siano state costituite in conformità alla disciplina della legge spagnola. Dal coordinamento e interpretazione di tali disposizioni, si evince che hanno nazionalità spagnola, e sono quindi regolate dalla legge spagnola, le persone giuridiche, società ed enti costituiti e domiciliati in Spagna in conformità alla legge spagnola; come pure le persone giuridiche, società ed enti costituiti all'estero, ma in conformità alla legge spagnola, e

(28) COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 37 ss.

(29) Cfr., per una panoramica delle soluzioni di conflitto adottate nei vari Stati europei, PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, tomi 2° e 3°, Milano, 2003.

domiciliati in Spagna; hanno viceversa nazionalità straniera le persone giuridiche, enti e società che abbiano il domicilio all'estero, o che siano costituiti in conformità ad una legge straniera. Quanto, infine, ai Paesi Bassi, secondo le norme di conflitto olandesi in tema di società e persone giuridiche (contenute principalmente nella L. n. 699 del 1997 sui conflitti di legge relativi alle persone giuridiche, in vigore dal 1° gennaio 1998), le società sono regolate dalla legge in base alla quale sono state costituite, se tale legge è quella dello Stato in cui sono registrate, o in cui è situata la sede statutaria o il centro dell'amministrazione (art. 2). Il trasferimento della sede sociale da uno Stato ad un altro non pregiudica la continuità dell'ente, se questa è riconosciuta da entrambe le leggi degli Stati interessati. La società, a seguito del trasferimento, è regolata dalla legge dello Stato della nuova sede, a meno che entrambe le leggi concordino nel ritenere ancora applicabile la legge dello Stato di costituzione (art. 4). Le società straniere (cioè incorporate in base ad una legge diversa da quella olandese), che svolgono la propria attività in Olanda, e non hanno reali collegamenti con altri ordinamenti giuridici, sono disciplinate dalla L. olandese n. 697 del 1997, come da ultimo modificata con effetto dal 17 febbraio 1999.

Il panorama, poi, si complica ulteriormente in conseguenza dell'accettazione, da parte di alcuni dei suddetti Stati, del principio del rinvio (che può comportare, per uno Stato, come ad esempio l'Italia, che accoglie teoricamente il principio di incorporazione, l'applicazione in concreto del principio della sede, a seguito del rinvio internazionalprivatistico disposto dall'ordinamento richiamato) (30). Così, ad esempio, una società costituita in Francia, che abbia fissato la sede effettiva della propria amministrazione, sarebbe assoggettata (anche dal punto di vista dell'ordinamento italiano, per il combinato disposto degli artt. 25 e 13 della L. n. 218 del 1995) alla legge tedesca.

A seguito dell'emanazione della sentenza *Centros*, e successivamente della sentenza *Überseering*, la dottrina si è divisa sul punto dell'attuale vigenza delle norme statali di conflitto che fanno riferimento al criterio della sede effettiva: ciò in quanto detto criterio potrebbe comportare il disconoscimento della personalità e dell'organizzazione della società, quali risultanti dalla legge dello Stato di costituzione delle stesse (31). Il dibattito

(30) PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 121 ss.

(31) Il Rapporto dei «saggi» sul diritto societario europeo (*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern regulatory Framework of Company Law*), del 4 novembre 2002, reperibile sul sito Internet «<http://www.europa.eu.int/comm/internal-market/en/company/company/modern/consult/report-en.pdf>», conclude espressamente per l'inadeguatezza del criterio di collegamento della sede effettiva, e per l'opportunità di

si è acceso soprattutto in Germania, ove vige, come è noto, il criterio della sede reale, e la dottrina si è ivi divisa tra i due orientamenti (32). In Italia, viceversa, la dottrina si è sostanzialmente schierata, con varie sfumature, per la disapplicazione del criterio di collegamento della sede reale, ogni qualvolta ricorrano i presupposti degli artt. 43 e 48 del Trattato CE (33). Con particolare riferimento al sistema di conflitto italiano, sarebbero così inapplicabili sia l'art. 25, comma 1, ultima parte (che comporterebbe l'applicazione della legge italiana ogni qualvolta una società, costituita all'estero, abbia inizialmente, o trasferisca successivamente, in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale), sia l'art. 25, comma 3 (che condiziona al tenore delle leggi nazionali interessate l'ammissibilità del trasferimento della sede legale da uno Stato all'altro, e la fusione internazionale).

Tra le varie ricostruzioni proposte, sembra che debba accogliersi quella che individua, nel disposto dell'art. 48 del Trattato CE, una vera e propria norma di conflitto «comunitaria», che tuttavia non opta per uno dei tradizionali criteri di collegamento (incorporazione o sede reale), ma detta viceversa un'autonomo criterio di collegamento. La disposizione, come

armonizzazione del diritto internazionale privato europeo sulla base del criterio dell'incorporazione.

(32) Riferimenti in MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 566 ss.

(33) Cfr. C.N.N. (estensore CALÒ), *Trasferimento all'estero della sede sociale* (2 maggio 2001), in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 69; C.N.N. (estensore BARONE), *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere* (7 settembre 2001), in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 301; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, p. 29; COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 307; GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'Unione europea: un nuovo «caso Delaware»?», in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 137; WYMEERSCH, *The transfer of the company's seat in European company law*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 661; BARRA CARACCILO, *Libertà di stabilimento e rilevanza della personalità giuridica riconosciuta presso altro Stato-membro: prime aperture della Corte di Giustizia europea*, in *Foro amm.*, 2002, p. 2754; CARBONE, *La corporate governance della società europea nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 133; PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292; CARRARO, *Il caso Centros Ltd. e il criterio di collegamento internazionalprivatistico della sede effettiva*, in *Dir. fall.*, 2001, p. 851; BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2001, p. 569; MUNARI-TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Unione Europea*, 2001, p. 1; MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 83; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 571 ss.; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 71; DELLA CHÀ, *Companies, right of establishment and the Centros judgment of the European Court of Justice*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, p. 4.*

sopra rilevato, richiede infatti che la società sia costituita secondo la legge di uno Stato membro (il che equivale a dire che detta società è organizzata secondo le norme in vigore in tale Stato), ed abbia la propria sede effettiva o l'oggetto principale della propria attività all'interno della Comunità europea. È stato esattamente rilevato che la norma non rappresenta una norma di conflitto «classica», bensì effettua un riferimento in blocco all'«ordinamento competente» (34) (individuato, per l'appunto, nell'ordi-

(34) MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 94 ss. Sul criterio dell'«ordinamento competente», come metodo di coordinamento tra ordinamenti, cfr. soprattutto PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 20 ss., 477 ss.; ID., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.

Parzialmente convergenti le conclusioni di BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 592 ss.; BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 103 ss. Secondo quest'ultimo autore, occorre porsi dal punto di vista «dell'ordinamento ai sensi della cui legge l'ente è stato costituito per cooperare alla attuazione di tale legge in conformità alla disciplina di diritto internazionale privato da esso dettata in materia», e quindi «individuare la legge regolatrice dell'ente sulla base delle norme di conflitto dell'ordinamento della *lex societatis* complessivamente considerate, eventualmente applicando il diritto materiale del foro o di uno Stato terzo quando ciò risulti voluto da tale ordinamento (anche in considerazione della soluzione da esso data ai problemi di “rinvio”, della legge regolatrice delle questioni preliminari, della efficacia da attribuire a norme di applicazione necessaria di uno Stato diverso da quello della *lex causae*)».

Sostanzialmente, nell'ottica del riferimento in blocco all'ordinamento competente è WYMEERSCH, *The transfer of the company's seat in European company law*, cit., p. 682 ss., che parla di una «Community formation theory», nel senso che «if a company has originally been formed under the jurisdiction of the legal system of one of the Member States, all other Member States have to admit it to their territory, even if the company does not further qualify as a “domestic company” under the jurisdiction of the State under which it has been formed», e quindi «national company law, including rules on conflict of law have to cede when faced with the Treaty higher freedom rules». L'autore, peraltro ritiene che «As a consequence, the national legal order under which a company has been formed has no further power to govern recognition nor access, once the company has transferred its central administration or its principal place of business outside the borders of the original State of formation. Nor has any other legal order the right to contest the valid existence of this company, neither on the basis of its own conflict of law criteria, nor of those of the State of origin»; egli, comunque, limita queste conseguenze «to issues of recognition and access by companies originating from other Community jurisdictions... As such, the Court's holding doesn't extend to company law issues, such as the relations between the shareholders, the validity of decision making, the protection of shareholders and creditors, the right attached to the securities issued by the company. In these matters, traditional company law, including conflict of law rules will continue to be applicable».

Dubita in relazione a quest'ultimo aspetto BARRA CARACCILO, *Libertà di stabilimento e rilevanza della personalità giuridica riconosciuta presso altro Stato-membro: prime aperture della Corte di Giustizia europea*, cit., il quale rileva che la sentenza *Überseering* lascia irrisolto «il problema del regime applicabile alla società la cui soggettività viene così resa rilevante, per tutti quei numerosi aspetti, pur così qualificanti il regime giuridico applicabile, quali le norme di tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori dipendenti, nonché tributarie e concorrenziali. Secondo, invece, CARBONE, *La corporate governance della società europea nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, cit., p. 136, «la scissione tra personalità dell'ente e disciplina della sua *corporate governance* si pone in contrasto con i più recenti sviluppi normativi del diritto internazionale privato maturati negli Stati membri dell'Unione ed in ogni caso appare in contrasto con il principio

namento, richiamato dall'art. 48 del Trattato CE, conformemente alla cui legislazione la società è costituita, e quindi secondo le cui norme la stessa è organizzata). Riferimento globale a detto ordinamento, che comporta quindi l'accettazione *in toto* delle soluzioni dallo stesso fornite, e la conseguente, totale disapplicazione del diritto internazionale privato del foro allorché ricorra il collegamento con l'ordinamento comunitario, nel senso dell'art. 48 del Trattato CE (35).

Importante conseguenza pratica di quanto sopra affermato è, evidentemente, la disapplicazione del criterio della sede effettiva, e ciò sia per gli ordinamenti che lo adottano quale criterio di collegamento principale, sia per gli ordinamenti (come quello italiano) che lo adottano solo in via sussidiaria ed eventuale, sia, infine, come conseguenza del rinvio, disposto da ordinamenti che adottano invece il criterio dell'incorporazione (36). Ne deriva, dal punto di vista del diritto italiano:

— che le società comunitarie, costituite in altro Stato membro della Comunità europea, sono sempre disciplinate dalla legge dello Stato in cui le stesse sono state costituite, anche se hanno o trasferiscono in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa;

— che vengono disapplicate, in tali ipotesi, le disposizioni contenute nell'art. 25, comma 1, ultima parte, e comma 3, nonché l'art. 13, nella misura in cui accetta il rinvio all'ordinamento dello Stato in cui si trova la sede reale della società.

Rimane, invece, pienamente applicabile il criterio della sede effettiva, in tutti i casi suindicati, relativamente alle società extracomunitarie, non-

comunitario rivolto a riconoscere nel modo più ampio possibile i valori giuridici di cui la personalità di un ente è espressione secondo la disciplina dello Stato di sua costituzione». In quest'ultimo senso anche BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 608-609.

Nega ogni portata di diritto internazionale privato alla norma dell'art. 48 del Trattato CE, SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, p. 31.

(35) MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*, cit., p. 100 ss.

(36) Si è rilevato, peraltro, che l'adozione dei criteri posti dalla Corte di Giustizia porta al riconoscimento delle società anche in situazioni in cui entrambi gli ordinamenti, quello di provenienza e quello di arrivo, disconoscano la personalità e la capacità giuridica dell'ente a seguito del trasferimento (come, ad esempio, avverrebbe quando lo Stato di origine adotti la teoria della sede reale, e quello di arrivo la teoria dell'incorporazione): cfr. WYMEERSCH, *The transfer of the company's seat in European company law*, cit., p. 686.

Di rilievo anche l'osservazione (MECHELI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*, cit., p. 120-121) che mentre «la tradizionale teoria dell'incorporazione si limita a ricercare il *luogo* di costituzione... per individuare la legge in base alla quale giudicare su singoli effetti... la norma comunitaria si concentra unicamente su quella compenetrazione tra norme organizzative negoziali e legali che si realizza con l'evento giuridico della costituzione per fondare in tal modo una generale competenza alla disciplina di quell'organizzazione da parte dell'ordinamento le cui stesse norme concorrono a formare la struttura organizzativa in parola».

ché alle società comunitarie che non abbiano, però, all'interno della Comunità la sede effettiva o l'oggetto principale dell'impresa. È evidente, infatti, che le norme del Trattato CE non possono applicarsi a tali ipotesi, né a tale risultato può giungersi in virtù del riferimento ai «principi» dell'ordinamento comunitario, cui rinvia il nuovo art. 2507 c.c. (rinvio, peraltro, limitato all'interpretazione del capo XI del codice civile relativo alle società costituite all'estero, e non esteso all'intera materia internazionaleprivatistica) (37).

Rimane, inoltre, applicabile (arg. ex nuovo art. 2508, comma 3, c.c.) la disciplina statale del luogo in cui l'impresa è effettivamente esercitata, relativamente alle disposizioni imperative (di applicazione necessaria) relative all'esercizio dell'attività economica (si pensi alle norme sulla pubblicità commerciale, sulla tenuta delle scritture contabili, alla disciplina in materia di lavoro subordinato, alle disposizioni che prescrivono autorizzazioni per specifiche attività) (38). Tra le norme di applicazione necessaria, come sopra descritte, possono classificarsi tra l'altro quelle che dispongono oneri di forma ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese: si pensi alle norme italiane che prescrivono la forma dell'atto pubblico, o della scrittura privata autenticata, ai fini della suddetta iscrizione, e che — trattandosi di atto formato all'estero — richiedono il previo deposito negli atti di un notaio o di un archivio notarile italiano (39).

(37) MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2003, p. 40 ss.

(38) Cfr. quanto *infra* precisato alla nota 66.

(39) Sul deposito notarile degli atti esteri, e sul carattere di «applicazione necessaria» della relativa disciplina, cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 757 ss.; GRASSO, *Il deposito di atti esteri*, in *Vita not.*, 2002, 3, p. 1689; RUSSO, *Il deposito di atti esteri presso l'archivio notarile: normativa, formalità, spunti problematici*, in *Vita not.*, 1998, p. 586; BOERO, *La legge notarile commentata*, II, Torino, 1993, p. 563 ss.; TONDO, *Deposito presso notaio di atti esteri relativi ad immobili in Italia*, in C.N.N., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, II, Milano, 1994, p. 281 ss.; TONDO, *Atti esteri relativi a immobili in Italia*, in *Riv. not.*, 1992, p. 489; C.N.N. (estensore LOPS), *In tema di deposito presso notaio di un atto estero*, in *Studi e Materiali*, II, Milano, 1990, p. 383; C.N.N. (estensore TONDO), *Sull'uso in Italia di scritture private autenticate all'estero*, in *Studi e Materiali*, I, Milano, 1986, p. 94; C.N.N. (estensore TONDO), *Procura estera da far valere in Italia*, in *Studi e Materiali*, I, Milano, 1986, p. 219; C.N.N. (estensore TONDO), *Ancora sulla procura estera da far valere in Italia*, in *Studi e Materiali*, III, Milano, 1992, p. 239; TONDO, *Controllo notarile su atti a rilevanza internazionale*, in questa *Rivista*, 1983, p. 80; TONDO, *Deposito di atti esteri*, in *Vita not.*, 1980, p. 1050; FALZONE-ALIBRANDI, *Atti esteri*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, I, Roma, 1973, p. 206; ARENIELLO, *Aspetti notarili della procura estera*, in questa *Rivista*, 1995, p. 17; EBNER, *Le funzioni notarili del conservatore degli archivi notarili*, in *Vita not.*, 1988, p. 434; C.N.N., *Trascrizione nel PRA di atti autenticati da notaio di San Marino*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, IV, Roma, 1969, p. 99; C.N.N., *Ancora sul valore degli atti autenticati da notaio di S. Marino*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, IV, Roma, 1969, p. 105; BISCARELLI DI RUFFIA, *Considerazioni sulla nuova legge in materia di pubblicità di atti formati all'estero*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1980, p. 554; BOCCHINI, *Commento alla L. 13 marzo 1980, n. 73*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1980,

Salvo quanto sopra, la possibilità — riconosciuta dalla giurisprudenza comunitaria — di costituire una società in uno Stato membro, ed esercitare quindi esclusivamente in altro Stato membro l'attività commerciale, apre le porte alla «competizione» tra ordinamenti societari, che altrove (segnatamente negli Stati Uniti d'America, ove è noto il caso dello Stato del Delaware, la cui favorevole normativa societaria attrae operatori da tutti gli altri Stati) da tempo caratterizza ordinamenti a struttura federale. È possibile, a questa stregua, individuare un ordinamento comunitario (come potrebbe essere quello inglese) che, ad esempio, non prescriva requisiti minimi di sottoscrizione del capitale sociale, e quindi, dopo aver ivi costituito una società di capitali, operare con la medesima esclusivamente in Italia.

6. *Rapporto tra normativa comunitaria e diritto tributario internazionale.*

È pacifico l'orientamento della Corte di Giustizia, per il quale, «se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, tuttavia questi ultimi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (40), e quindi, tra l'altro, della libertà di stabilimento dallo stesso sancita. Su queste basi, la medesima Corte di Giustizia ha elaborato una serie di importanti principi:

1) un obiettivo di natura puramente economica non può costituire un motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare una restrizione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato (41);

p. 580; GALLO, *La pubblicità degli atti esteri*, in *Studi su questioni di diritto ipotecario*, Sanremo, 1964, p. 116; PASQUALIS, *Il problema della circolazione in Italia degli atti notarili provenienti dall'estero*, in questa *Rivista*, 2002, p. 585; PASQUALIS, *Il problema della circolazione in Italia degli atti notarili provenienti dall'estero*, in *Atti del XXIII Congresso internazionale del notariato latino*, Milano, 2001, p. 465 ss.; BAREL-PASQUALIS, *L'efficacia degli atti stranieri*, in *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, a cura di Ieva, Milano, 2001, p. 457; CAMPEIS-DE PAULI, *L'esecuzione di atti e provvedimenti stranieri*, in *Le esecuzioni speciali*, Milano, 1999; DROZ, *L'attività notariale internazionale*, in *Recueil des cours*, 1999, p. 23; PASQUALIS-LICINI-SALERNO CARDILLO, *Circolazione del documento notarile e suoi effetti quale titolo legittimante nel traffico giuridico*, in *Atti del XXIII Congresso internazionale del notariato latino*, Milano, 2001, p. 465 ss.; PICCOLI-RUOTOLO-VELLETTI, *La circolazione degli atti notarili nello spazio giuridico europeo e la riforma del diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 1996, p. 1377; TONDO, *Appunti sull'efficacia di sentenze e atti stranieri*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 192; RAMONDELLI, *Circolazione dell'atto notarile nei rapporti di diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 1980, p. 1313.

(40) Cfr. le sentenze *Schumacker*, del 14 febbraio 1995, causa n. 279/93; *Wielockx*, dell'11 agosto 1995, causa n. 80/94; *Asscher*, del 27 giugno 1996, causa n. 107/94; *Futura Participations e Singer*, del 15 maggio 1997, causa n. 250/95; *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, del 16 luglio 1998, causa n. 264/96; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97; *Verkooijen*, del 6 giugno 2000, causa n. 35/98.

(41) Cfr. le sentenze *D.*, del 28 aprile 1998, causa n. 120/95, *K.*, causa n. 158/96; *Verkooijen*, del 6 giugno 2000, causa n. 35/98.

2) è illegittimo l'utilizzo, da parte della legislazione fiscale nazionale, del criterio della sede sociale per instaurare un trattamento fiscale differenziato (limitando, ad esempio, una detrazione o un'agevolazione fiscale alle sole società che abbiano sede nello Stato) (42);

3) l'eventuale riduzione di entrate fiscali non rientra fra i motivi enunciati all'art. 46 del Trattato e non può essere considerata come un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare una disparità di trattamento in linea di principio incompatibile con l'art. 43 del Trattato (43);

4) l'eventuale differenza di trattamento fiscale tra le società residenti e le succursali non può essere giustificata da altri vantaggi di cui fruirebbero le succursali rispetto a società residenti; più in generale, un trattamento fiscale sfavorevole in contrasto con una libertà fondamentale non può essere giustificato dall'esistenza di altri vantaggi fiscali (44);

5) in mancanza di misure di unificazione comunitaria, segnatamente ai sensi dell'art. 293, secondo trattino, Trattato CE, gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni. In tale ambito, nel quadro delle convenzioni bilaterali stipulate per evitare la doppia imposizione, gli Stati membri sono liberi di stabilire i fattori di collegamento al fine di ripartirsi la competenza tributaria (45);

6) trattandosi di una convenzione sulla doppia imposizione stipulata tra uno Stato membro e un paese terzo, il principio del trattamento nazionale impone allo Stato membro parte contraente della suddetta convenzione di concedere alle succursali di società non residenti le agevolazioni previste dalla convenzione alle stesse condizioni delle società residenti (46);

7) la necessità di garantire la coerenza di un regime fiscale può, in

(42) Cfr. le sentenze *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, del 16 luglio 1998, causa n. 264/96; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97; *X e Y*, del 18 novembre 1999, causa n. 200/98; *AMID v. Stato Belga*, del 14 dicembre 2000, causa n. 141/99; *Metallgesellschaft*, dell'8 marzo 2001, cause riunite nn. 397/98 e 410/98 (quest'ultima anche in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2001, p. 491).

(43) Sentenze *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, del 16 luglio 1998, causa n. 264/96; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97.

(44) Cfr., tra le altre, le sentenze *Commissione c/Francia*, del 28 gennaio 1986, causa n. 270/83; *A.*, del 27 giugno 1996, causa n. 107/94; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97; *Verkooijen*, del 6 giugno 2000, causa n. 35/98.

(45) Sentenze *Gilly*, del 12 maggio 1998, causa n. 336/96; *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97; *AMID v. Stato Belga*, del 14 dicembre 2000, causa n. 141/99.

(46) Sentenza *Saint-Gobain*, del 21 settembre 1999, causa n. 307/97.

taluni casi, giustificare una normativa tale da restringere le libertà fondamentali, purché esista un nesso diretto tra i due aspetti (47).

Facendo applicazione di tali principi, si è ritenuto, ad esempio, che contrastino con la libertà comunitaria di stabilimento le normative tributarie nazionali che — in concomitanza con il trasferimento all'estero della sede sociale — dispongono, in via generalizzata, l'assoggettamento immediato a tassazione delle plusvalenze «latenti» relative al patrimonio dell'azienda sociale (48): ciò in quanto — se è ammissibile una previsione di tal genere limitata all'ipotesi in cui il trasferimento all'estero abbia evidenti connotazioni elusive (come potrebbe essere, ad esempio, nel caso in cui detto trasferimento sia solo temporaneo, ed abbia la precipua finalità di «azzerare» tali plusvalenze) — la previsione in via generalizzata difetterebbe del requisito di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, e concreterebbe quindi una restrizione inammissibile al diritto di stabilimento.

7. *Profili operativi, tecniche notarili di redazione degli atti e imposizione diretta ed indiretta.*

Conclusa, a grandi linee, l'esposizione dei principi del diritto comunitario e nazionale relativi allo stabilimento in Italia di società comunitarie, occorre analizzare partitamente le singole fattispecie di stabilimento, per individuarne, sotto il profilo operativo, le concrete modalità di attuazione e le specifiche problematiche a ciascuna di esse inerenti.

7.1. *La costituzione in Italia di società cui partecipano cittadini stranieri comunitari.*

La fattispecie non presenta alcun problema, posto che i cittadini comunitari possono liberamente, nell'esercizio delle libertà di stabilimento

(47) Sentenze *Bachmann*, del 28 gennaio 1992, causa n. 204/90; *Commissione c/Belgio*, causa n. 300/90; *Imperial Chemical Industries v. Colmer*, del 16 luglio 1998, causa n. 264/96; *Verkooijen*, del 6 giugno 2000, causa n. 35/98.

(48) Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Jean Mischo, presentate il 13 marzo 2003, nella causa *de Lasteyrie du Saillant*, n. 9/2002, non ancora decisa dalla Corte di Giustizia. Ed inoltre, nel medesimo senso, CERVINO, *Fusioni internazionali e trasferimento all'estero della sede dell'impresa. Profili civilistici e fiscali comparati a confronto e problematiche legate alle libertà fondamentali dell'Unione europea. L'esempio Granducato di Lussemburgo-Italia*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1873 ss.; DE ANGELIS, *Il trasferimento all'estero della sede dell'impresa e la violazione del Trattato istitutivo dell'Unione europea*, in *Fisco*, 1996, p. 3957 ss.; CAPOLUPO, *Manovra Dini. Il trasferimento di sede all'estero*, in *Fisco*, 1995, p. 5708.

e di circolazione dei capitali, partecipare alla costituzione di società italiane. Come sopra evidenziato, l'acquisizione da parte di cittadini comunitari, residenti in uno Stato membro, di partecipazioni di una società costituita in un altro Stato membro rientra nella disciplina della libera circolazione dei capitali, allorché a seguito di tale acquisizione tali persone non abbiano il controllo della società, mentre in caso contrario rientra nella disciplina della libertà di stabilimento (49).

Non viene neanche in gioco la condizione di reciprocità, di cui all'art. 16 delle preleggi: l'art. 10 della Costituzione pone il principio della prevalenza, sulle fonti legislative ordinarie, delle convenzioni internazionali stipulate dallo Stato italiano; e tra le Convenzioni stipulate dall'Italia rientrano i Trattati istitutivi e modificativi dell'Unione Europea, che istituiscono la cittadinanza europea, pongono il principio di uguaglianza di tutti i cittadini degli Stati membri dell'Unione, ed assicurano la libertà di stabilimento degli stessi in Stati dell'Unione diversi da quello di origine, senza consentire alcuna restrizione sul punto (50). In conformità con il suddetto principio di uguaglianza, la giurisprudenza pacificamente ritiene che l'esercizio dei diritti civili da parte di cittadini di Stati membri dell'Unione non sia soggetta ad alcuna condizione di reciprocità (51).

Ovviamente, gli amministratori ed i dirigenti della società potranno ben risiedere in altro Stato membro della Comunità: come chiarito, infatti, dalla Corte di Giustizia, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei lavoratori una norma di diritto nazionale secondo la quale i dirigenti ed il personale delle imprese devono risiedere nel territorio dello Stato membro in cui esse hanno sede (52).

Non sono state ritenute contrastanti con la libertà di stabilimento le disposizioni che limitano genericamente la partecipazione di enti pubblici a determinati tipi di società (53).

(49) In tal senso cfr. anche la sentenza *Baars* del 13 aprile 2000, causa n. 251/98.

(50) Cfr. C.N.N. (estensore BARONE), *Ordinamento comunitario e condizione di reciprocità* (26 luglio 2002), in *CNN Strumenti*, voce 0460; C.N.N. (estensore CALÒ), *Appunti sulla condizione dello straniero comunitario* (26 luglio 2002), studio n. 02/07/25/11/U.E.; CALÒ, *Iura novit curia (con qualche eccezione per il diritto comunitario)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 378; NASCIBENE, *Straniero (dir. comunitario)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1998; TORIELLO, *La condizione dello straniero. Profili di diritto comparato e comunitario*, Padova, 1997; PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 745.

(51) Cfr. la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE riportata in TORIELLO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di condizione di reciprocità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 173 ss.; ed inoltre CALÒ, *La nuova disciplina della condizione dello straniero*, Ipsoa, 2000, p. 24 ss.; Trib. Prato, 4 luglio 1986, in *Vita not.*, 1988, p. 330; ed in *Riv. not.*, 1987, p. 382.

(52) Sentenza Commissione c/Belgio, del 9 marzo 2000, causa n. 355/98.

(53) T.A.R. Lazio, 14 luglio 1999, n. 2155, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, p. 3126.

Nell'ipotesi in cui a partecipare ad una società italiana sia una società comunitaria, la disciplina internazionalprivatistica del controllo, in base ai principi generali di conflitto, riconosciuti validi anche a livello comunitario, è quella prevista dalla legge italiana (legge regolatrice della società controllata), avuto riguardo in particolare a diritti ed obblighi relativi alla tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi; fatti salvi gli obblighi ai quali la società controllante è soggetta, in base alla legge ad essa applicabile, ad esempio in materia di elaborazione di conti consolidati (54).

Sotto il profilo tributario, ove il conferimento in società — in ipotesi effettuato da soggetto residente in altro Stato membro della Comunità europea — sia soggetto ad imposta sul valore aggiunto (55), si applica il regime degli acquisti intracomunitari di cui all'art. 40 del D.L. 30 agosto 1993, n. 331, convertito in L. 29 ottobre 1993, n. 427, salvo che si tratti di conferimento immobiliare, nel qual caso si applicano i requisiti di territorialità di cui all'art. 7 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Si applicano, inoltre, le disposizioni — relative all'adempimento degli obblighi fiscali connessi all'imposta sul valore aggiunto — sul rappresentante fiscale, o sull'identificazione diretta del soggetto passivo (artt. 17, 35-ter, 38-ter e 40 del D.P.R. n. 633 del 1972) (56). Trattandosi di conferimento di aziende o complessi aziendali, effettuato da un soggetto residente in uno Stato membro della Comunità europea ed a favore di società residente in Italia, si applicano le disposizioni contenute nell'art. 2 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544 (che attua le disposizioni della direttiva CEE n. 225 del 20 agosto 1990). In sintesi, è previsto che i suddetti conferimenti non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze, ma l'ultimo costo dell'azienda o del ramo aziendale conferito fiscalmente riconosciuto costi-

(54) In tal senso, espressamente, il 15° «considerando» del Regolamento CE n. 2157/2001, sullo statuto della Società europea. Sulla disciplina internazionalprivatistica dei gruppi di società, cfr., in senso convergente, LUZZATTO-AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 152; BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, a cura del Comitato Regionale Notarile Lombardo, Milano, 1996, p. 80 ss.; BENEDETTELLI, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, commento all'art. 25*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1118; BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 9, I, Torino, 1994, p. 191 ss.; SANTA MARIA, *Società in generale (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 899-900; CASSONI, *Problemi relativi al fenomeno del gruppo sotto il profilo della legge regolatrice e della legge sostanziale italiana*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 862.

(55) Cfr. sul punto C.N.N. (estensore PETRELLI), *Regime fiscale dei conferimenti in società ed enti*, studio n. 51/2003/T del 9 maggio 2003, in *Studi e materiali*, 2003, 2.

(56) Su tutti gli aspetti indicati nel testo, cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 824 ss., 844 ss.

tuisce costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione ricevuta (57). L'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 358 del 1997 prevede peraltro che, in alternativa al suddescritto regime di neutralità, possa essere effettuata l'opzione nell'atto di conferimento per l'imposta sostitutiva o per la normale tassazione *ex art.* 54 T.U.I.R. anche per i conferimenti disciplinati dal D.Lgs. n. 544 del 1992 (58). Quanto all'imposta di registro, si applicano le regole ordinarie per i conferimenti eseguiti da soggetti residenti in Italia.

7.2. *L'acquisto e l'alienazione di partecipazioni di società italiane da parte di cittadini comunitari, o di persone residenti in uno Stato membro della Comunità.*

Gli stessi principi, sopra esposti in relazione alla costituzione di società, valgono per l'acquisto di partecipazioni di società italiane da parte di cittadini comunitari, che può aver luogo senza alcuna limitazione e senza alcuna condizione di reciprocità, in attuazione della libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. A maggior ragione, nessuna restrizione sussiste in relazione all'alienazione delle suddette partecipazioni.

L'atto di cessione di partecipazioni può essere ricevuto o autenticato da un notaio italiano o straniero, per il principio di equivalenza degli atti notarili formati all'estero (59); in quest'ultimo caso, peraltro, l'atto, eventualmente munito di *apostille*, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 (ove non sussista una convenzione di esonero totale da legalizzazione) (60), dovrà essere depositato negli atti di un notaio o archivio notarile italiano, ai sensi dell'art. 106, n. 4, della L. 16 febbraio 1913, n. 89; ai sensi dell'art. un. della L. 13 marzo 1980, n. 73, come modificato dall'art. 6 del D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 516, il termine per l'iscrizione del suddetto atto nel registro delle imprese italiano decorre dalla data del deposito notarile in oggetto, ma non può comunque superare quarantacinque giorni dalla formazione dell'atto estero medesimo.

Quanto al profilo tributario, occorre evidenziare le particolarità della disciplina dell'imposizione sui *capital gains*, a seguito di alienazione della partecipazione sociale da parte di soggetto residente in altro Stato membro

(57) Cfr. la Ris. Agenzia Entrate 2 novembre 2001, n. 175/E.

(58) Cfr. sul punto C.N.N. (estensore PETRELLI), *Regime fiscale dei conferimenti in società ed enti*, studio n. 51/2003/T del 9 maggio 2003, in *Studi e materiali*, 2003, 2.

(59) Sul principio di equivalenza tra atti notarili italiani e stranieri, cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 78 ss.

(60) Per l'indicazione completa di tutte le convenzioni di esonero da legalizzazione, vigenti con gli Stati europei, cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, tomi 2° e 3°, cit.

della Comunità (sotto il profilo in esame, infatti, rileva la residenza e non la cittadinanza) (61). A tal fine, occorre distinguere a seconda che si tratti di partecipazione qualificata, *ex art. 81, lett. c)*, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (che attribuisce, complessivamente, una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria superiore al 20 per cento), ovvero di partecipazione non qualificata, quale disciplinata dalla *lett. c-bis)* del suddetto art. 81. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 20, comma 1, *lett. f)*, del D.P.R. n. 917 del 1986, il reddito derivante dall'alienazione a titolo oneroso di detta partecipazione si considera prodotto in Italia, e quindi tassabile in capo al soggetto non residente, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del suddetto decreto. Trattandosi, invece, di partecipazione non qualificata, trova applicazione l'art. 5, comma 5, *lett. a)*, del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, come modificato dall'art. 10 del D.L. 25 settembre 2001, n. 350, convertito in L. 23 novembre 2001, n. 409, e conseguentemente la suddetta plusvalenza non concorre a formare il reddito del soggetto non residente.

Occorre, peraltro, tener conto delle convenzioni contro le doppie imposizioni, stipulate tra l'Italia e tutti gli altri Stati membri della Comunità europea (convenzioni tutte stipulate in conformità al modello OCSE). Più precisamente, l'art. 13 di dette convenzioni (art. 12 della Convenzione con l'Irlanda) stabiliscono il principio per cui i *capital gains* da alienazione di beni mobili (tra cui sono comprese le partecipazioni sociali) sono tassati esclusivamente nello Stato di residenza del percettore del reddito. Poiché tale disposizione non appare contrastare con alcun principio o norma di diritto comunitario, ne consegue che il soggetto residente in uno Stato membro della Comunità europea, che alieni una partecipazione di una società residente in Italia, non è assoggettato ad imposta sui *capital gains* in Italia.

Per quanto concerne gli obblighi del notaio, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, come modificato dall'art. 8 del D.Lgs. 16 giugno 1998, n. 201, il notaio è obbligato a comunicare annualmente all'Amministrazione finanziaria i redditi di capitale non imponibili o imponibili in misura ridotta, imputabili a soggetti non residenti. Ogni qual-

(61) Cfr. C.N.N. (estensore PURI), *Obblighi tributari del notaio che riceva il deposito di un atto di cessione di partecipazioni di società residente da parte di soggetto non residente* (26 ottobre 2000), in *CNN Strumenti*, voce 0927; BOLELLI, *Le convenzioni internazionali per la tassazione dei capital gains per i non residenti*, in *Federnotizie*, 1996, 1, p. 25; BOLELLI-CALORI, *Trattamento fiscale delle prestazioni rese da notaio a soggetti non residenti per la cessione di quote o azioni (IVA ed imposte dirette)*, in *Federnotizie*, 1996, 2, p. 75; BOLELLI-CALORI, *Tassazione dei capital gains per i non residenti*, in *Federnotizie*, 1995, 5, p. 241; PEZZETTA, *Cessione di partecipazioni sociali: profili fiscali*, in *Fisco*, 2000, p. 6946; FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e minusvalenze nei confronti dei non residenti*, in *Rass. trib.*, 1986, p. 125.

volta, poi, la plusvalenza non sia imponibile in capo al soggetto non residente (e ciò avviene, come si è visto, ogni qualvolta il soggetto alienante sia residente in uno Stato comunitario), il notaio stesso — giusto quanto precisato dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 461 del 1997 (62) — non dovrà rilasciare al cedente l'apposita certificazione prevista in caso di imponibilità della plusvalenza; egli è peraltro tenuto «ad acquisire ed a conservare apposita attestazione dei cedenti o committenti non residenti da cui risultino le condizioni di non imponibilità testè considerate. Da tale attestazione dovranno comunque risultare le generalità complete dei non residenti e la data e l'oggetto della cessione». La suddetta attestazione può, ovviamente, essere resa dal cedente nell'atto notarile di cessione delle partecipazioni.

Quanto alla tassa sui contratti di borsa, all'art. 1 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3278, come sostituito dall'art. 1 del D.L. 17 settembre 1992, n. 378, convertito in L. 14 novembre 1992, n. 437, la stessa si applica in ogni caso ai contratti di cessione delle partecipazioni sociali in oggetto; l'art. 1 del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 435 ha abrogato, infatti, l'esenzione generalizzata dalla tassa su contratti di borsa per i soggetti non residenti (63).

Nessuna particolarità, infine, per quanto concerne le imposte di registro e di bollo, per cui vale la regola generale di esenzione di cui all'art. 34 del D.P.R. n. 601 del 1973, e successive modificazioni ed integrazioni.

7.3. *L'acquisto e l'alienazione di partecipazioni di società comunitarie.*

Assolutamente libero è anche l'acquisto, da parte di cittadini italiani o comunitari, ovunque residenti di partecipazioni in società costituite in base alla legge di altro Stato comunitario, o ivi residenti, in base ai medesimi principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, suesposti. Vale anche qui quanto sopra chiarito in ordine al deposito negli atti di un notaio italiano dell'atto di cessione di partecipazioni, ricevuto o autenticato all'estero.

Ai fini dell'imposizione sui *capital gains* (64), ove l'alienazione venga

(62) Cfr. anche la Circ. Min. Fin., 11 aprile 1991, n. 14 (prot. n. 8/650).

(63) Ai sensi del comma 10 dell'art. 1 del D.Lgs. n. 435 del 1997, i contratti di cessione di partecipazioni sociali, conclusi tra soggetti residenti e soggetti non residenti, si considerano in ogni caso perfezionati nel territorio dello Stato (anche, quindi, se il contratto di cessione è stato stipulato all'estero), e il soggetto residente, ove non autorizzato al pagamento della tassa in modo virtuale, può corrispondere la tassa, se dovuta, anche mediante versamento in conto corrente postale nel termine di trenta giorni dalla conclusione del contratto.

(64) C.N.N. (estensore PURI), *Profili tributari della cessione di azioni di società non residente da parte di un soggetto non residente ad una società non residente* (13 gennaio 2000), in *CNN Strumenti*, voce 0270, e voce 1610.

posta in essere da soggetto residente in altro Stato membro della Comunità valgono i principi suesposti (in dipendenza delle convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti, che rendono imponibile la plusvalenza esclusivamente nello Stato di residenza del cedente), e quindi la cessione non è imponibile in Italia. Se invece l'alienante fosse residente in Italia, la plusvalenza sarebbe qui imponibile, in base ai medesimi principi, che coincidono con quelli del diritto interno, che considera imponibili in Italia i redditi conseguiti dal soggetto ivi residente, ovunque prodotti (art. 3 del D.P.R. n. 917 del 1986).

Si applica, infine, secondo le regole ordinarie la tassa sui contratti di borsa (che prescinde dalla residenza, in Italia o all'estero, dei soggetti cedenti e cessionari, e della società le cui partecipazioni sono cedute), e la conseguente esenzione da imposte di registro e bollo, come sopra precisato.

7.4. *L'istituzione in Italia di sede secondaria di società comunitaria.*

L'istituzione di sedi secondarie in Italia rientra nel c.d. diritto secondario di stabilimento, sopra illustrato, ed è soggetta alle norme ed ai principi suesposti.

Sotto il profilo operativo, occorre ricordare che la società è soggetta — anche in base all'art. 48 del Trattato CE, al diritto dello Stato in cui la stessa è legalmente costituita, e che tale diritto disciplina anche le modalità e gli organi competenti (assemblea, organo amministrativo o altro) per l'istituzione della sede secondaria. L'art. 2506 c.c., e l'art. 101-*quater* delle relative disposizioni di attuazione, prescrivono peraltro l'iscrizione nel registro delle imprese italiano della sede secondaria di società estera, ed a tal fine il relativo atto deve rivestire la forma dell'atto pubblico, o della scrittura privata autenticata; inoltre, l'atto — se ricevuto o autenticato all'estero — eventualmente munito di *apostille*, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 (ove non sussista una convenzione di esonero totale da legalizzazione), e corredato da traduzione giurata (come prescritto dall'art. 101-*ter* delle disposizioni di attuazione del codice civile) dovrà essere depositato negli atti di un notaio o archivio notarile italiano, ai sensi dell'art. 106, n. 4, della L. 16 febbraio 1913, n. 89; ai sensi dell'art. un. della L. 13 marzo 1980, n. 73, come modificato dall'art. 6 del D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 516, il termine per l'iscrizione del suddetto atto nel registro delle imprese italiano decorre dalla data del deposito notarile in oggetto, ma non può comunque superare quarantacinque giorni dalla formazione dell'atto estero medesimo.

La pubblicità delle succursali di società comunitarie è disciplinata, oltre che dalle norme succitate, anche dalla undicesima direttiva, 89/666/CEE del 21 dicembre 1989 (65); in particolare, l'art. 2 della suddetta direttiva disciplina l'oggetto della pubblicità, che concerne solo gli atti e le indicazioni seguenti: l'indirizzo della succursale; l'indicazione delle attività della succursale; il registro delle imprese presso il quale è istituito il fascicolo della società, ed il numero di iscrizione della società stessa in tale registro; la denominazione e il tipo della società; la denominazione della succursale, se questa non corrisponde a quella della società; la nomina, la cessazione dalle funzioni, le generalità delle persone che hanno il potere di impegnare la società nei confronti dei terzi e di rappresentarla in giudizio (in particolare, con indicazione della portata dei poteri dei rappresentanti stabili della società per quanto concerne l'attività della succursale); lo scioglimento della società, la nomina, le generalità ed i poteri dei liquidatori, nonché la chiusura della liquidazione, conformemente alla pubblicità fatta presso la società (ed anche le procedure di fallimento e concorsuali); i documenti contabili; la chiusura della succursale; lo Stato membro in cui è stata creata la succursale può prevedere la pubblicità della firma dei rappresentanti della società presso la succursale, nonché dell'atto costitutivo e dello statuto, di un attestato del registro delle imprese concernente l'esistenza della società, delle garanzie costituite sui beni della società situati in detto Stato membro.

Ai sensi dell'art. 101-*quater* delle disposizioni di attuazione del codice civile, le società comunitarie che istituiscano in Italia una sede secondaria possono adempiere all'obbligo di pubblicità dell'atto costitutivo, dello statuto e dei bilanci mediante deposito nell'ufficio del registro delle imprese di una soltanto delle sedi secondarie, depositando quindi negli altri uffici solo l'attestazione dell'eseguita pubblicità. Per il resto, si applicano le disposizioni contenute negli artt. 2506 c.c., e 101-*ter* delle relative disposizioni di attuazione: occorre procedere presso ciascun registro delle imprese alla pubblicità comprendente l'indirizzo della succursale, l'indicazione dell'attività della stessa, il registro delle imprese straniero presso cui è eseguita la pubblicità della società, la denominazione ed il tipo, l'eventuale distinta denominazione della succursale, la nomina, la cessazione dalle funzioni e le generalità delle persone che rappresentano la società, con l'indicazione dei relativi poteri; lo scioglimento della società, l'indicazione dei nomi e dei poteri dei liquidatori, l'esistenza di eventuali procedure concorsuali. Ove gli elementi, da assoggettarsi a pubblicità all'atto

(65) Cfr. il relativo testo in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 319.

dell'istituzione della sede secondaria, non risultino compiutamente dall'atto estero istitutivo, lo stesso potrà essere integrato in sede di deposito *ex art.* 106, n. 4, della legge notarile.

Ai sensi dell'art. 2507 c.c., la responsabilità degli amministratori e direttori generali della società è regolata dalla legge italiana; sul punto non si ravvisa alcun contrasto con i principi comunitari, posto che, da un lato, la disposizione vale sia per i cittadini italiani che per quelli di ogni altro Stato membro della Comunità, e, dall'altro lato, che la norma non appare limitare o scoraggiare in alcun modo il diritto di stabilimento.

Sempre ai sensi dell'art. 2507 c.c., la società è obbligata al deposito degli atti sociali nel registro delle imprese italiano, secondo le norme dettate dalla legge italiana per le società per azioni; a tal fine, la società dovrà depositare i propri bilanci (e non solamente i bilanci della sede secondaria), formati secondo le regole della legge regolatrice della società. Ai sensi dell'art. 2506, comma 2, c.c., in caso di difformità tra le risultanze del registro delle imprese italiano e di quello straniero, prevalgono le prime, anche per quanto riguarda i poteri di amministratori e rappresentanti della società; negli atti e nella corrispondenza della sede secondaria occorrerà indicare sia gli estremi dell'iscrizione nel registro delle imprese straniero, sia quelli nel registro delle imprese italiano.

Ovviamente, la società dovrà conformarsi, per l'esercizio dell'impresa tramite la sede secondaria, alle disposizioni italiane di applicazione necessaria, richiamate dall'art. 2506, ultima parte, c.c., e quindi, a titolo esemplificativo, alle disposizioni relative alla tenuta delle scritture contabili, all'osservanza degli obblighi tributari e della normativa in tema di lavoro, alla necessità delle licenze ed autorizzazioni amministrative prescritte dalla legge italiana; disposizioni tutte applicabili anche se non previste dalla legge nazionale della società, ovviamente nel rispetto del principio della parità di trattamento tra operatori nazionali e comunitari (66).

Una disposizione degna di attenzione è contenuta nell'art. 2508 c.c.

(66) MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 574 ss.

Secondo T.A.R. Lazio, 15 marzo 1995, n. 543, «Ai sensi dell'art. 52 (ora art. 43: n.d.r.) del Trattato di Roma, la libertà di stabilimento, cioè di costituire e gestire imprese e società in ambito CEE, non è illimitata, ma sottoposta alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini; pertanto, ove una impresa assicuratrice italiana sia soggetta a regime autorizzatorio lo sarà anche quella straniera stabilita in Italia».

Come chiarito da Corte Giustizia CE, 6 giugno 1996, causa n. 101/94, anche in *Foro it.*, 1996, IV, c. 353, sono invece illegittime le disposizioni statali che limitano alle società di diritto nazionale l'esercizio di determinate categorie di imprese.

Sulle problematiche, connesse, della legittimità comunitaria di istituti quali la *golden share* e la disciplina interna dei c.d. servizi essenziali, e del nuovo art. 2510 c.c., cfr. MUNARI,

(nuovo art. 2509-bis), a norma del quale, fino all'adempimento della pubblicità prescritta, coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali. La disposizione — che ribadisce peraltro quanto disposto, nel diritto interno, relativamente alle società di capitali in formazione — non appare in contrasto con la libertà comunitaria di stabilimento, in quanto non discrimina in base alla nazionalità o sede della società (posto che per qualsiasi società di capitali italiana vale il medesimo principio, fino a quando la stessa non sia iscritta) (67).

Regole particolari valgono, poi, per le sedi secondarie di banche, società di assicurazioni e società finanziarie aventi la propria sede in uno Stato membro della Comunità (68).

Venendo agli aspetti tributari, occorre considerare innanzitutto la disciplina dell'imposta di registro. Come risulta dall'art. 4 del D.P.R. n. 131 del 1986, l'atto straniero comportante istituzione di sede secondaria in Italia da parte di società costituita in uno Stato membro della Comunità europea, o che abbia comunque ivi la propria sede legale o amministrativa, non è soggetto a registrazione se non in caso d'uso, ai sensi dell'art. 11 della tariffa, parte seconda, allegata al Testo Unico (ed in quest'ultimo caso trova applicazione l'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 4, lett. f), della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131 del 1986).

Quanto all'imposizione diretta, i redditi prodotti dalla sede secondaria, in quanto stabile organizzazione in Italia di società non residente (69),

La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale, in *Dir. Unione europea*, 2002, p. 39 ss.

(67) In tal senso, le conclusioni dell'Avvocato generale Siegbert Alber, presentate il 30 gennaio 2003 con riferimento alla causa *Inspire Art*, n. 167/2001, non ancora decisa dalla Corte di Giustizia.

(68) Cfr. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 189 ss.

(69) Cfr. LOVISOLO, *La «stabile organizzazione»*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 233 ss.; TARDELLA, *Stabile organizzazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XV, Torino, 1998, p. 152; Id., *Stabile organizzazione*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, p. 371; PARADISI, *Stabile organizzazione (dir. trib.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 86; GIANNETTO, *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposizione diretta - Con particolare riferimento alla stabile organizzazione all'estero di società residente in Italia*, in *Fisco*, 1999, p. 13944; RAVIOLA, *Brevi note in tema di definizione ai fini IVA del concetto di stabile organizzazione*, in *Fisco*, 2002, p. 792; PURI, *La stabile organizzazione nell'IVA*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 239; GIORGI, *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto: profili interni e comunitari*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2000, p. 59; LUDOVICI, *Il regime impositivo della stabile organizzazione agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, p. 72; FIORELLI-SANTI, *Specificità del concetto di «stabile organizzazione» ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. trib.*, 1998, I, p. 376; BORIO, *Stabile organizzazione: nozione e soggettività tributaria*, in *Fisco*, 1996, p. 10917; TUNDO, *In tema di stabile organizzazione ed IVA*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, II, p. 331; D'ALFONSO, *I nuovi orientamenti OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Fisco*, 2001, p. 3848; Ris. Agenzia

sono imponibili in Italia secondo le regole dei redditi d'impresa, giusto il disposto dell'art. 113, comma 1, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e sulla base di apposito conto dei profitti e delle perdite (70). A norma dell'art. 112 del T.U.I.R., per le società non residenti è imponibile in Italia esclusivamente il reddito prodotto nel territorio dello Stato, comprensivo sia dei redditi derivanti da attività commerciali conseguiti attraverso stabili organizzazioni che di quelli derivanti da attività svolte direttamente dalla casa madre; e comprensivo anche, in particolare, delle plusvalenze derivanti da alienazione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti. La soluzione del diritto interno coincide con quella delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni concluse con gli Stati comunitari (conformi al modello OCSE), il cui art. 7 (art. 6 della Convenzione con l'Irlanda) dispone che il reddito prodotto dalla stabile organizzazione è imponibile nello Stato nel quale l'organizzazione è situata.

Ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, relativamente alle operazioni poste in essere dalla sede secondaria (stabile organizzazione), occorre tener conto del fatto che:

a) le società residenti all'estero, o di nazionalità straniera, assimilabili ad uno dei tipi previsti dal diritto italiano, sono senz'altro soggetti passivi ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, poiché l'art. 4, comma 2, n. 1, del D.P.R. n. 633 del 1972 non pone alcun requisito di residenza o di nazionalità ai fini di detta soggettività (71);

b) sempre in base al suddetto l'art. 4, comma 2, n. 1, del D.P.R. n. 633 del 1972, le società residenti all'estero, non rientranti in uno dei tipi previsti dal diritto italiano (quali previste dall'art. 2507, ora art. 2509 c.c.), hanno comunque la soggettività passiva ai fini IVA (72).

Entrate, 9 gennaio 2002, n. 4/E; Ris. Min. Fin., 23 marzo 1999, n. 52/E; Ris. Min. Fin., 7 dicembre 1991, n. 501504; Ris. Min. Fin., 13 dicembre 1989, n. 460196; Ris. Min. Fin., 1° febbraio 1983, n. 9/2398; Ris. Min. Fin., 29 marzo 1983, n. 331300; Ris. Min. Fin., 20 marzo 1981, n. 330470; Circ. Min. Fin., 30 aprile 1977, n. 7/1496; Cass., 19 settembre 1990, n. 9580, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 299, ed in *Riv. legisl. fisc.*, 1991, p. 1360; Cass., 27 novembre 1987, n. 8815, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1928; Comm. trib. centr., 9 marzo 1990, n. 1887, in *Società*, 1990, p. 997.

(70) Ai sensi dell'art. 14, ult. comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, le società e gli enti che esercitano attività commerciali in Italia mediante stabili organizzazioni devono rilevare distintamente nella contabilità i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, del medesimo decreto, è obbligatoria la redazione di un apposito bilancio relativo alle attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni.

(71) Ris. Min. Fin., 24 febbraio 1977, n. 364696.

(72) Cfr., soprattutto, PERRONE, *Soggettività IVA e requisiti di cui all'art. 2507 c.c.*, in *Fisco*, 2002, p. 6030 (ed ivi riferimenti).

7.5. *Il trasferimento della sede legale di società comunitaria in Italia.*

Dopo la giurisprudenza *Centros* e *Überseering* della Corte di Giustizia, non appare dubbio che:

— una società comunitaria, rientrando nella definizione dell'art. 48 del Trattato CE, può trasferire liberamente la propria sede legale in Italia, a prescindere da quanto disposto dall'art. 25, comma 3, della L. n. 218 del 1995, che deve essere disapplicato nella parte in cui prevede limitazioni alla libertà di stabilimento;

— la società suddetta rimane assoggettata alla legge dello Stato in cui la stessa è stata costituita, senza che rilevino da una parte il disposto dell'art. 25, comma 1, ultima parte, della L. n. 218 del 1995, dall'altra parte il rinvio di cui all'art. 13 della medesima legge.

Conseguentemente, non è necessario, né consentito, adeguare, all'atto del trasferimento, lo statuto sociale alle disposizioni imperative della legge italiana, come è invece necessario laddove a trasferire la sede in Italia sia una società extracomunitaria (73). Parimenti, non deve essere in alcun modo comprovata l'esistenza del capitale sociale (che può anche essere e rimanere inferiore al minimo previsto dalle norme italiane).

Vige quindi, a maggior ragione per le società comunitarie, il principio di continuità dell'ente straniero che trasferisca la propria sede in Italia, con permanenza di personalità, capacità giuridica e organizzazione in base all'originaria legge regolatrice (74). L'applicazione dei principi comunitari

(73) Cfr., sul punto, C.N.N. (estensore BARONE), *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere* (7 settembre 2001), in *Studi e materiali*, I, Milano, 2002, p. 301; PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in *Vita not.*, 2002, p. 586; CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 209; PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 150 ss.

(74) Sul generale accoglimento del principio di continuità dell'ente nel diritto italiano, cfr. LICINI, *Persone giuridiche*, in *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, a cura di Ieva, Milano, 2001, p. 160; C.N.N. (estensore CALÒ), *Trasferimento all'estero della sede sociale* (2 maggio 2001), in *CNN Strumenti*, voce 1650; LUZZATTO-AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 150; RAMONDELLI, *L'attuale d.i.p. italiano in materia di società e sua influenza in sede di omologazione*, in questa *Rivista*, 1996, p. 1414; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, II, Torino, 1997, p. 34; BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato. Società ed altri enti*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, a cura del Comitato Regionale Notarile Lombardo, Milano, 1996, p. 65; PICCOLI-ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 1996, p. 177; ANGELICI, *Società costituite o operanti all'estero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 7; SANTA MARIA, *Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale delle società*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 1489 ss.; LUZZATTO, *Persona giuridica - Diritto internazionale privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 290; ROSSELLI, *L'acquisto della nazionalità italiana da parte di società straniera*, in questa *Rivista*, 1983, p. 1215-1216; SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società costituite all'estero*, in *Com-*

porta quindi, in ultima analisi, all'ammissibilità di società, con sede legale italiana, che siano integralmente regolate da una legge straniera (comunitaria), la cui conoscenza, da parte dell'operatore giuridico (e del notaio in particolare) è ovviamente indispensabile per consentire alla società medesima di operare.

Il trasferimento della sede legale è disciplinato dalla legge regolatrice della società straniera, che individua anche gli organi competenti per la relativa deliberazione. Ciò può comportare, in concreto, difficoltà nella misura in cui la legge dello Stato di origine della società non contempli la possibilità di trasferimento transtrontaliero della sede sociale (come avviene ad esempio per la Germania), e non detti quindi le relative norme regolatrici (75); difficoltà che, nei casi limite, possono rendere in concreto impossibile il trasferimento della sede legale, e la cui soluzione passa, necessariamente, per un'armonizzazione dei diritti societari nazionali (76).

Trovano invece applicazione le disposizioni italiane di applicazione necessaria — descritte a proposito dell'istituzione di sede secondaria in Italia — relative alla forma necessaria per l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese italiano, ed al deposito in Italia dell'atto estero ai fini di detta iscrizione (con la precisazione che potranno essere contenute nel verbale di deposito le indicazioni, eventualmente non riportate nella delibera di trasferimento della sede, necessarie per la pubblicità); nonché — secondo un orientamento, peraltro discusso (77) — le disposizioni dell'art. 2508 c.c. (nuovo art. 2509-*bis*) sulla responsabilità illimitata e solidale di coloro che agiscono per la società, fino all'attuazione della prescritta pubblicità.

Venendo all'analisi della disciplina tributaria, ai fini dell'imposizione di registro, l'atto straniero di trasferimento della sede legale da uno Stato membro della Comunità europea in Italia è soggetto a registrazione, ai

mentario al codice civile, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 363 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1974, p. 155; VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, p. 96; CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 216; Trib. Pordenone, 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, I, c. 187; App. Milano, 7 maggio 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 832.

(75) Per una panoramica di diritto comparato europeo, relativamente al trasferimento della sede da o all'estero, cfr. WYMEERSCH, *The transfer of the company's seat in European company law*, cit., p. 668 ss.

(76) Per l'impossibilità del trasferimento della sede legale, ove questa non sia ammessa dall'ordinamento di costituzione dell'ente, BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 616-617.

Non è stata ancora approvata, come è noto, la XIV direttiva CE sul trasferimento della sede sociale da uno Stato membro all'altro (il relativo progetto della Commissione, doc. n. XV/6002/97, è stato approvato il 22 aprile 1997).

(77) Cfr. *infra*, alla nota 86.

sensi dell'art. 4, lett. e), del D.P.R. n. 131 del 1986, solo quando la sede dell'amministrazione sia in uno Stato extracomunitario, e sempreché non sia stata assolta nello Stato di provenienza l'imposta sui conferimenti prevista dalla direttiva CEE n. 335 del 17 luglio 1969. In tutti gli altri casi, e comunque se la sede dell'amministrazione è fissata all'interno della Comunità, la delibera assunta all'estero non è soggetta a registrazione in Italia (se non in caso d'uso, in conformità a quanto disposto dall'art. 11 della tariffa, parte seconda, allegata al D.P.R. n. 131 del 1986). In particolare, non è soggetta a registrazione in termine fisso la delibera di trasferimento della sede da uno Stato membro della Comunità europea, in caso di assolvimento ivi dell'imposta sui conferimenti (78). Nei casi suindicati, a seguito della registrazione trova applicazione l'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 4, lett. f), della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131 del 1986. Ovviamente, ove la delibera fosse perfezionata con atto notarile ricevuto in Italia, troverebbe applicazione l'art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al Testo Unico, con conseguente applicazione dell'imposta di registro in misura fissa ivi prevista.

Trovano altresì applicazione, in caso di immobili di proprietà sociale siti in Italia, le imposte ipotecarie e catastali in misura fissa, non determinando lo spostamento della sede alcun trasferimento di diritti su tali immobili. Nessuna imposta ipotecaria e catastale sarà invece dovuta in caso di immobili situati all'estero.

Nessuna specifica disciplina è dettata, invece, in relazione alle imposte dirette. In particolare, è discusso il criterio di determinazione — in caso di trasferimento della sede di una società straniera in Italia — dei valori di riferimento del patrimonio sociale, da cui partire per la successiva determinazione del reddito d'impresa (e relative plusvalenze), e più precisamente dell'individuazione, per i singoli beni dell'azienda sociale, di un «valore fiscalmente riconosciuto» che possa consentire una corretta misurazione degli incrementi e dei decrementi, la cui somma algebrica concorre a determinare il reddito (e permettere il calcolo degli ammortamenti, la determinazione di plusvalenze e minusvalenze, perdite, sopravvenienze attive e passive, ecc.). Si fronteggiano, sul punto, due tesi. Secondo la prima, che appare minoritaria, occorrerebbe valorizzare il patrimonio della società estera sulla base del «costo storico», in applicazione analogica dell'art. 77, comma 3-bis, del T.U.I.R. (che rinvia alle disposizioni del D.P.R. 23 dicembre 1974, n. 689, che tale criterio per l'appunto preve-

(78) Ris. Min. Fin., 30 gennaio 1988, n. 301046; Ris. Min. Fin., 18 dicembre 1978, n. 251434.

de) (79). Secondo altra opinione, che sembra riscuotere maggiori consensi, occorrerebbe invece assumere come valore di riferimento quello di mercato al momento del trasferimento della sede in Italia, in applicazione del principio della continuità dei valori che, tra l'altro, è stato adottato anche nell'ordinamento comunitario (cfr. la direttiva n. 434/1990 sulle operazioni di riorganizzazione societaria, attuata in Italia con D.Lgs. n. 544 del 1992). Il criterio in oggetto avrebbe poi comunque una base testuale anche nel D.P.R. n. 689 del 1974, richiamato dall'art. 77, comma 3-bis, del T.U.I.R., in quanto l'art. 6, comma 5, di detto decreto richiama — per i beni esistenti presso le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti — proprio il valore normale alla data di «importazione» (80).

La questione appare complessa, e non facilmente risolvibile in questa sede. Se da un lato il principio di continuità dei valori nei trasferimenti intracomunitari della sede sociale appare conforme ai principi comunitari ed ai precedenti legislativi, e ricorrono quindi sostanziali ragioni di analogia con l'analoga disciplina dettata dal D.Lgs. n. 544 del 1992, occorre comunque considerare che l'imposizione della plusvalenza all'atto della fuoriuscita del soggetto passivo dall'ordinamento di provenienza (in base a norme analoghe all'art. 20-bis del T.U.I.R. italiano) viene, da più parti, considerata in contrasto con la libertà comunitaria di stabilimento (81), e che la combinazione dei due principi porterebbe, in caso di trasferimento della sede da uno Stato all'altro, ad un «salto d'imposta» non facilmente giustificabile.

7.6. *L'istituzione o il trasferimento in Italia della sede effettiva (non legale), o dell'oggetto principale dell'impresa, di società comunitaria.*

Le sentenze *Centros* e *Überseering* della Corte di Giustizia hanno chiarito che è possibile, per una società comunitaria, istituire (*ab origine*) o trasferire (successivamente alla costituzione) la sede effettiva dell'amministrazione, o l'oggetto principale dell'impresa (82), in uno Stato comuni-

(79) STEVANATO, *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, Padova, 1994, p. 97.

(80) C.N.N. (estensore PURI), *Trasferimento in Italia della sede di una società lussemburghese*, studio n. 51/2001/T; FIORELLI-SANTI, *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 659 ss.; NUSSI, *Trasferimento della sede e mutamento della residenza fiscale: spunti in tema di stabile organizzazione e regime fiscale d'impresa*, in *Rass. trib.*, 1996, p. 1351.

(81) Cfr. la nota 48.

(82) Per sede dell'amministrazione si intende il luogo in cui operano gli organi sociali

tario diverso da quello in cui la società stessa è stata costituita (e giusta le cui norme è organizzata); e ciò anche quando la «dissociazione» suddetta sia imputabile all'esclusiva e dichiarata volontà dei soci di usufruire di un *corpus* di norme societarie più appetibili. In tal caso, la società medesima non dovrà assoggettarsi alla legge dello Stato in cui opera, ma potrà senz'altro conservare la propria organizzazione originaria, e la personalità giuridica dello Stato di provenienza. Rapportate all'ordinamento italiano, tali enunciazioni comportano la disapplicazione dell'art. 25, comma 1, ultima parte, della L. n. 218 del 1995, con la conseguente possibilità, ad esempio, che una società venga costituita nel Regno Unito da cittadini italiani solo al fine, ad esempio, di evitare i vincoli del capitale sociale minimo, o di usufruire delle relative norme in tema di *corporate governance*, quando poi la società, fin dall'inizio, esercita la propria attività esclusivamente in Italia (*pseudo foreign corporation*).

Mentre, quindi, ricorrendo un'ipotesi come quella enunciata, una società extracomunitaria dovrebbe adeguare il proprio statuto alle disposizioni inderogabili della legge italiana (83), ciò non è necessario, né consentito, allorché si tratti di società comunitaria. Sembra invece, a seguito della collocazione in Italia della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale, sussistere l'obbligo — sancito dall'art. 2507 c.c. (nuovo art. 2509) — di iscrizione nel registro delle imprese italiano (ovviamente quello territorialmente competente in base al luogo in cui è situata la sede dell'amministrazione, ovvero al luogo in cui viene prevalentemente esercitata l'attività d'impresa) (84). Ciò comportava, prima dell'entrata in vigore dell'art. 33 della L. n. 340 del 2000, la necessità di omologazione; abolita quest'ultima, si rende necessario, ai fini di cui sopra, il controllo notarile previsto dall'art. 33 della L. n. 340 del 2000, da realizzarsi al momento del deposito dell'atto costitutivo della società straniera, ai sensi dell'art. 106, n. 4, L.Not. Occorre quindi, anche per le società comunitarie, a seguito dell'istituzione o del trasferimento in Italia della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'impresa, un

(in particolare, gli organi amministrativi), mentre per oggetto principale si intende l'attività imprenditoriale concretamente svolta dalla società: ANGELICI, *Società costituite o operanti all'estero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 6; SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973, p. 100 ss.; SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 388 ss., e p. 391 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, II, Torino, 1973, p. 83 ss.; Trib. Roma, 2 maggio 1963, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 698.

(83) Cfr. sul punto PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 137 ss.

(84) BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 362; BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., p. 70-71; SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, cit., p. 181.

atto notarile di deposito (la disciplina relativa è stata descritta a proposito dell'istituzione in Italia di sedi secondarie). Occorre peraltro rilevare che, secondo l'orientamento assolutamente prevalente, l'adempimento degli obblighi di cui sopra (deposito notarile, e iscrizione nel registro delle imprese *ex art. 2507 c.c.*) non sia necessario perché la società straniera possa svolgere in Italia la propria attività, ma solo al fine di evitare la responsabilità illimitata prevista dall'*art. 2508 c.c.* (85). Tuttavia, l'applicazione dell'*art. 2508 c.c.* alle società comunitarie è discussa (86); ove si concludesse per la negativa, cadrebbe, nella sostanza, anche l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese (e quindi la necessità, prodromica a tale iscrizione, dell'atto notarile di deposito).

Ai fini dell'imposizione di registro, l'atto straniero di istituzione o trasferimento della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale di una società comunitaria in Italia è soggetto a registrazione, ai sensi dell'*art. 4, lett. a), d) ed h)* del D.P.R. n. 131 del 1986:

a) in caso di istituzione in Italia della sede dell'amministrazione di società costituite all'estero, ovvero di altri enti costituiti all'estero aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole;

b) in caso di trasferimento in Italia da uno Stato membro della Comunità europea della sede dell'amministrazione di uno degli enti suindicati, sempre che non sia stata assolta nello Stato di provenienza l'imposta sui conferimenti prevista dalla direttiva CEE n. 335 del 17 luglio 1969;

c) in caso di istituzione o trasferimento in Italia dell'oggetto principale dell'impresa da parte di una società comunitaria, che non abbia la sede dell'amministrazione in uno Stato membro della Comunità europea, o non sia soggetta ivi all'imposta prevista dalla direttiva CEE n. 335 del 17 luglio 1969.

In tutti gli altri casi, l'atto formato all'estero non è soggetto a registrazione in Italia se non in caso d'uso, in conformità all'*art. 11* della tariffa,

(85) C.N.N. (estensore CALÒ), *Trasferimento all'estero della sede sociale*, in *CNN Strumenti*, voce 1650; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 362-363, e p. 365-366; BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., p. 71; SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, cit., p. 396-397; SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, cit., p. 188 ss., 192 ss.

(86) Secondo un orientamento, la mancata iscrizione nel registro delle imprese di una società comunitaria (o di una società appartenente ad uno Stato con il quale vige una convenzione per il reciproco riconoscimento delle società) non darebbe luogo alla responsabilità illimitata *ex art. 2508 c.c.*: C.N.N. (estensore CALÒ), *Trasferimento all'estero della sede sociale*, cit., nota 32; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 363, e p. 383 ss. *Contra*, LICINI, *Persone giuridiche*, cit., p. 156-157; SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, cit., p. 364.

parte seconda, allegata al D.P.R. n. 131 del 1986 (in tal caso, trova applicazione l'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 4, lett. *f*), della tariffa, parte prima, allegata al suddetto decreto). Trattandosi, invece, di atto notarile formato in Italia, vi è obbligo di registrazione in termine fisso ai sensi dell'art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131 del 1986, e trova applicazione l'imposta di registro in misura fissa, ivi prevista.

Quanto all'imposizione diretta, le società di capitali ed altri soggetti IRPEG si considerano residenti in Italia, ai sensi dell'art. 87 T.U.I.R., anche se aventi sede legale all'estero, se per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede dell'amministrazione, o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Ai fini di cui sopra, l'oggetto principale è determinato in base all'atto costitutivo — se esistente in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata — e, in mancanza, in base all'attività effettivamente esercitata. Relativamente agli enti non residenti, peraltro, si ha in ogni caso riguardo all'attività effettiva. Inoltre, anche le società di persone ed associazioni di professionisti non residenti sono soggetti ad IRPEG, ai sensi dell'art. 87, comma 1, lett. *d*), e comma 2, del T.U.I.R.