

VII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SUL DIRITTO COMMERCIALE ITALIANO:
VALORI, PRINCIPI, INTERESSI"

Roma, 26-27 febbraio 2016

RICCARDO GHETTI*

**Il problema delle forme societarie europee
tra unificazione, armonizzazione e concorrenza**

SOMMARIO: - 1. Il problema delle forme societarie europee. - 2. I processi di adattamento normativo: adeguamento spontaneo, armonizzazione ed unificazione. - 3. Diritto societario europeo e forme giuridiche sovranazionali. - 4. Forme societarie europee tra libertà di circolazione e garanzie minime. - 5. Gli 'statuti' delle FSE come tentativo di unificazione normativa. - 5.1. La società europea. - 5.2. La società cooperativa europea. - 5.3. La società privata europea. - 5.4. La società di un unico socio. - 6. Forme societarie prive di identità e di sistema. - 7. La diffusione delle FSE. - 8. Le ragioni del fallimento. - 9. L'adattamento normativo nelle 'società private' e la concorrenza tra ordinamenti. - 10. Quale ruolo e quale futuro per le FSE?

1. *Il problema delle forme societarie europee.* - Il legislatore europeo continua ad immaginare nuove 'forme societarie europee' (FSE)¹. Dopo l'esperienza pseudo-consortile del g.e.i.e.², ed i progetti per una *Fundatio Europaea* (f.e.)³

* Assegnista di ricerca in diritto commerciale nell'Università degli Studi di Bologna; riccardo.ghetti@unibo.it.

¹ Il termine costituisce un adattamento di forme lessicali straniere: similmente possono vedersi M. MENJUCQ, *Droit International et Européen des Sociétés*³, Parigi, Montchrestien, 2011, 147 ss. (dove si legge un capitolo intitolato a 'Les personnes morales Européennes'; il termine è però più ampio di quello usato in questo saggio, e specificato nel paragrafo 3), nonché U. EHRIKKE, *Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftsformen in der EU*, in *Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht*, 2000, 497 e S. GRUNDMANN, *European Company Law*², Cambridge, Intersentia, 2011, 803 ss. (che parlano di 'forme societarie sovranazionali').

² Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE), in *G.U.C.E.* n. L 199 del 31 luglio 1985, 1 ss. (Regolamento g.e.i.e.). Tra i primi commenti D. MURPHY, *The European Economic Interest Grouping (EEIG): A New European Business Entity*, 23 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1990, 65 ss., AA.VV., *European Economic Interest Groupings*, a cura di D.

hanno visto la luce la *Societas Europaea* (s.e.)⁴ e la *Societas Cooperativa Europaea* (s.c.e.)⁵, seguite da anni di discussione su di una possibile *Societas Privata Europaea* (s.p.e.)⁶. Oggi quel progetto è stato abbandonato⁷, e si sta lavorando sulla *Societas Unius Personae* (s.u.p.)⁸. Le denominazioni latine intendono richiamare un'origine comune, affrancando questi veicoli societari dalle barriere linguistico-culturali che ancora dividono gli stati membri ed ostacolano il commercio transnazionale⁹.

van Gerven e C. Aalders, Deventer, Kluwer, 1990 e G.D. MOSCO, *Il «successo» del GEIE*, in Aa.Vv., *L'integrazione tra imprese nell'attività internazionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 91 ss. Per una ricostruzione dogmatica della figura con specifico riferimento all'ordinamento italiano A. ROSSI, *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, Milano, Giuffrè, 1998, mentre più recentemente A. BARTOLACELLI, *Il GEIE «italiano» tra impresa e società*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

³ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE)*, COM(2012) 35, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu, sulla quale S. LOMBARDO, *Some Reflections on Freedom of Establishment on Non-Profit Entities in the EU*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, 225 ss. La proposta di *Fundatio Europaea* è poi stata ritirata: COMMISSIONE EUROPEA, *Annex to the Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 'Commission Work Programme 2015. A New Start'*, Strasburgo, 16 dicembre 2014, COM (2014) 910, 12, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu.

⁴ Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della Società europea (SE), in G.U.C.E. n. L 294 del 10 novembre 2001, 1 ss. (Regolamento s.e.) e Direttiva 2001/86/CE dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in G.U.C.E. n. L 924 del 10 novembre 2001, 22 ss. (Direttiva s.e.). Si veda il paragrafo 5.1, al quale si rinvia per approfondimenti e riferimenti bibliografici.

⁵ Regolamento (CE) 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), in G.U.C.E. n. L 207 del 18 agosto 2003, 1 ss., (Regolamento s.c.e.) e Direttiva 2003/72/CE del Consiglio del 22 luglio 2003 che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in G.U.C.E. n. L 207 del 18 agosto 2003, 25 ss. (Direttiva s.c.e.). Si veda il paragrafo 5.2, al quale si rinvia per approfondimenti e riferimenti bibliografici.

⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company*, COM(2008) 396/3 (Proposta s.p.e.). Si veda il paragrafo 5.3, al quale si rinvia per approfondimenti e riferimenti bibliografici.

⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Adeguatezza ed efficacia della regolamentazione (REFIT): Risultati e prossime tappe*, Bruxelles, 2 ottobre 2013, COM(2013) 685, 9, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu (con il quale la Commissione annuncia sommessamente il ritiro della proposta relativa alla SPE).

⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla società a responsabilità limitata con unico socio*, Bruxelles, 9 aprile 2014, COM(2014) 212, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu. (Proposta s.u.p.). Si veda il paragrafo 5.4, al quale si rinvia per approfondimenti e riferimenti bibliografici.

⁹ Il ricorso ad un nome latino ha avuto il vantaggio di affrancare la queste forme dal problema, che invece affliggeva il g.e.i.e., di avere un nome diverso in ciascuna lingua parlata nell'Unione. Pur continuando a fare comunemente uso delle sigle, tuttavia, la

L'intenzione della Commissione pare dunque quella di offrire agli operatori economici un menù completo di entità giuridiche autonome, alternative a quelle nazionali: tale modo di procedere è in linea con la tendenza ad introdurre misure 'opzionali' che ha caratterizzato la sua attività degli ultimi quindici anni¹⁰, e fa il paio con lo sforzo liberalizzatore della giurisprudenza della Corte di giustizia dal caso *Centros* in poi¹¹.

D'altra parte, la medesima natura opzionale delle FSE potrebbe ispirare due affermazioni discutibili. La prima è che l'introduzione di queste forme non può che avere effetti positivi, o al più neutri; sarebbe strutturalmente priva di svantaggi perché non fa che aumentare il numero dei modelli normativi che i privati possono adoperare per svolgere

scelta è stata poi sconfessata di recente dalla Commissione, che ha aperto un sito al fine di «accrescere la conoscenza dello statuto della società europea» (COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*, Strasburgo, 12 dicembre 2012, COM(2012) 740, disponibile sul sito www.ec.europa.eu) che ha significativamente intitolato «The European company – Your business opportunity?», preferendo riferirsi ad essa piuttosto come «European company», «société européenne» o «Europäischen Gesellschaft» nelle (sole) tre lingue nelle quali questo scarno sito 'pubblicitario' è attualmente disponibile: su questo si veda anche nt. 204.

¹⁰ Questo approccio si evince da COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea – Un piano per progredire. Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo*, Bruxelles, 21 maggio 2003, COM(2003) 284, disponibile sul sito www.ec.europa.eu. Per un commento delle diverse misure ed uno sguardo critico si vedano J. ARMOUR-W. RINGE, *European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2011, 126 e 130 (in particolare sul ruolo del primo 'piano d'azione' e sulle problematiche connesse all'eccessiva libertà di scelta ed al conseguente perseguimento sistematico dell'interesse individuale dei singoli).

¹¹ Corte Giust., 9 marzo 1999, *Centros Ltd v. Erhvervs og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, ECR I-1459, disponibile all'indirizzo www.curia.europa.eu; per un commento alla pronuncia E. WYMEERSCH, *Centros: A Landmark Decision in European Company Law*, Ghent FLI Working Paper no. 1999-15, ottobre 1999 e poi in *Festschrift für Richard M. Buxbaum*, a cura di T. Baums, disponibile all'indirizzo www.ssrn.com. Questa decisione fu seguita da altre tre importanti sentenze. La prima è Corte Giust., 5 novembre 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, C-208/00, ECR I-9919 (sentenza *Überseering*), per un commento alla quale si veda E. WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, ECGI Law Working Paper n. 8/2003, disponibile all'indirizzo www.ecgi.org. La seconda è Corte Giust., 30 settembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, C-167/01, ECR I-10155 (sentenza *Inspire Art*) sulla quale J. ARMOUR, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, in *Current Legal Problems*, 2005, 369 ss. Da ultima va menzionata Corte Giust. 16 dicembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C 210/06, ECR I-9641 (sentenza *Cartesio*), i cui risultati sono oggetto di analisi critica in C. GERNER-BEUERLE-M. SCHILLIG, *The Mysteries of Freedom of Establishment after Cartesio*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, 303 ss. Per alcune riflessioni sugli effetti di questa giurisprudenza si rimanda al paragrafo 9.

l'attività di impresa. Se questi ultimi sceglieranno di non usarli, non si provocherà alcun danno. La seconda è che varare nuove tipologie di società costituisce comunque un'alternativa preferibile all'inattività del legislatore europeo, in parte sull'onda della 'frenesia normativa' che segue i periodi di grave crisi finanziaria¹², in parte seguendo la convinzione in base alla quale l'«innovazione non va mai punita»¹³.

È opportuno discutere queste proposizioni, facendo attenzione, nell'analizzare le forme societarie, tanto ai potenziali vantaggi quanto ai costi di produzione e di applicazione, verificando se i primi possano superare i secondi¹⁴. Si deve inoltre tenere a mente che vi sono casi in cui l'inattività del legislatore non è un segno di pigrizia, bensì di coraggio e fiducia negli operatori del mercato e dell'ordinamento nel suo complesso, e può dunque rappresentare un'alternativa non solo percorribile, ma anche preferibile¹⁵.

¹² Annotano tra i fattori di stimolo alle riforme legislative proprio le crisi finanziarie J. ARMOUR-W. RINGE, *European Company Law*, nt. 10, 169 ss.; per una discussione generale dell'impatto della crisi sui meccanismi di produzione legislativa si veda l'ampio resoconto in F. VELLA, *Le regole della finanza. Il futuro tra rischio e fiducia*, Bologna, Il Mulino, 2011.

¹³ Sono le parole di un funzionario della Commissione Europea al convegno *Ninth European Company and Financial Law Review Symposium* sul tema *The New Single Member Company*, tenutosi a Berlino il 7 novembre 2014. Queste parole ricordano quelle di L. ENRIQUES, *EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are They?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2006, 58 che, facendo riferimento ai funzionari europei afferma che «tali soggetti [...] sono in genere sinceramente convinti delle virtù dell'armonizzazione dei diritti societari nazionali, considerandola uno strumento per realizzare l'obiettivo dell'integrazione del mercato e per migliorare gli ordinamenti societari nazionali» ma «hanno un interesse a mantenere attivo il processo legislativo e, ancor più, ad ampliare l'ambito delle materie interessate dal diritto societario europeo, a prescindere dal contenuto delle norme da adottare».

¹⁴ Il procedimento legislativo nell'Unione europea non ignora questo aspetto, perché prevede per ogni proposta legislativa della commissione una sintetica valutazione d'impatto (si può leggere come esempio quella prevista per la s.p.e. da COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal* (nt. 6), 4 s.), nonché una revisione periodica della normativa adottata, che deve avvenire in base alle risultanze degli studi sulla sua applicazione (come quella prevista dall'art. 69 del Regolamento s.e., della quale si discuterà al paragrafo 5.1). Simili procedimenti sono noti nell'ordinamento italiano come 'analisi' e 'valutazione di impatto della regolamentazione'.

¹⁵ Sono le parole attribuite a Gerard Hertig da L. ENRIQUES, *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?*, ECGI Law Working Paper n. 53/2005, 22, disponibile all'indirizzo www.ecgi.org (il quale proponeva di abrogare in blocco tutte le direttive europee in materia societaria, sul presupposto della loro poca utilità). Caldeggiavano l'immobilismo del legislatore gli studiosi che «ripongono la propria fiducia solamente o principalmente nel mercato e nella concorrenza», e che sono stati recentemente annoverati tra gli «oppositori» del diritto societario europeo: K. HOPT, *Corporate Governance in Europe. A Critical Review of the European Commission's Initiatives on Corporate*

Lo studio delle FSE è ancora relativamente ai suoi inizi¹⁶, e non può negarsi che, dal punto di vista dogmatico, esse costituiscano un'area del diritto societario europeo di non semplice sistematizzazione concettuale: ciò sia per le ibride caratteristiche di questi tipi, sia per l'assenza di utili precedenti in termini di società sopranazionali¹⁷. I gruppi di esperti chiamati dalle istituzioni europee a pronunciarsi sull'utilità delle FSE hanno riscontrato, al loro interno, significative diversità di opinioni¹⁸. Unanimemente essi hanno invocato prudenza nell'introdurre nuovi modelli, sottolineando la presenza di problemi più gravi ed urgenti e suggerendo di posporre la discussione di nuove FSE¹⁹. La Commissione, specie negli ultimi anni e nonostante gli avvertimenti, ha invece insistito molto su queste iniziative²⁰, cercando di superare le riluttanze degli Stati membri.

Sotto il profilo pratico, infine, si potrebbe sospettare che i costi di produzione e di utilizzo di queste norme siano stati e continuino ad essere rilevanti, e che ad essi potrebbero non corrispondere – particolarmente nell'ordinamento italiano – benefici considerevoli. Esse costituiscono dunque un ambito degno di attenzione, e questo lavoro intende riconsiderarle organicamente, tentandone una sistemazione concettuale, esaminandone lo scopo, la struttura e l'impatto pratico, fornendo una

Law and Corporate Governance, ECGI Law Working Paper n. 296/2015, 21 s., disponibile all'indirizzo www.ecgi.org (il quale rigetta la tesi dell'irrelevanza' del diritto societario europeo, sulla quale più oltre al paragrafo 2). Va tuttavia riconosciuto che la Commissione tende a dismettere con facilità la possibilità di astenersi dall'introdurre nuova normativa nelle valutazioni preliminari alle proposte che avanza (COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal* (nt. 6), 5).

¹⁶ Pochi anni or sono si è iniziato ad ipotizzare un quadro d'insieme per lo studio delle forme societarie europee: H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms in the European Union: Prolegomena to a Theory on Supranational Forms of Association*, in *Common Market Law Review*, 2010, 1671 ss.

¹⁷ Sulla differenza tra società sopranazionali ed internazionali si veda H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms*, (nt. 16), 1680 ss.

¹⁸ Questo è il caso del REFLECTION GROUP, *Report on the Future of European Company Law*, 29, diviso tra chi crede che, almeno entro certi limiti, la creazione di un regime autonomo di diritto societario possa costituire una alternativa credibile a quello degli stati membri, e chi invece non ritiene che ve ne siano i presupposti. Su questo punto si effettueranno alcuni approfondimenti a nt. 188 e testo corrispondente.

¹⁹ Ciò è avvenuto con la s.p.e. la quale, secondo il Gruppo ad alto livello di esperti di diritto societario, non avrebbe dovuto avere priorità su altri progetti: HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruxelles, 4 novembre 2002, 118

²⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto delle società*, (nt. 10), 23 s. (optando per anticipare, anziché posticipare, l'iniziativa sulla s.p.e., poi fallita).

giustificazione alle principali problematiche che esse sollevano, con l'auspicio di innescare un fruttuoso dibattito sul tema. Ciò è particolarmente utile con riferimento al nostro ordinamento, dove questi argomenti appaiono alquanto lontani dalla prassi dei tribunali, suscitando dubbi proprio sugli effetti che le norme introdotte dal legislatore europeo possono sortire sulla realtà economica del nostro paese.

Il lavoro inizia inquadrando il problema delle FSE ed identificando alcuni strumenti analitici utili per affrontarlo: offre una panoramica delle tipologie di adattamento normativo, discutendone le caratteristiche (paragrafo 2). Alla luce di queste categorie si possono collocare le FSE nel perimetro del diritto societario europeo (paragrafo 3), per poi verificare quali entità sovranazionali europee possano essere considerate FSE, quali interessi siano chiamate a promuovere e quali caratteristiche ci si possa attendere dalla loro struttura (paragrafo 4). Si considerano poi partitamente le FSE esistenti, le iniziative abbandonate o ancora oggetto di discussione, individuandone scopi e caratteri salienti, comunanze e differenze, pregi e limiti (paragrafo 5), formulando alcune considerazioni critiche d'insieme sulle problematiche teoriche che sollevano (paragrafo 6). Vengono quindi esaminati i dati disponibili sull'impiego delle FSE, e l'uso che di questi dati hanno fatto le istituzioni (paragrafo 7), esplorandone le possibili giustificazioni (paragrafo 8). Si allarga poi l'angolo visuale per considerare il fenomeno della concorrenza tra ordinamenti, inizialmente escluso dall'ambito dell'indagine, e formulare alcune considerazioni sul suo ruolo nella diffusione dei modelli sociali (paragrafo 9). Il lavoro si conclude interrogandosi sul ruolo delle FSE e sul loro futuro (paragrafo 10).

2. I processi di adattamento normativo: adeguamento spontaneo, armonizzazione ed unificazione. – La convergenza delle norme degli ordinamenti nazionali può avvenire secondo diverse modalità²¹.

²¹ Per riferimenti generali si veda M. GEBAUER, Voce *Unification and Harmonization of Laws*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, diretta da R. Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, marzo 2009, disponibile all'indirizzo www.opil.ouplaw.com, al quale si rimanda per ampi riferimenti alla dottrina di diritto internazionale. Per una prima nota scettica ed un quadro generale invece P. STEPHAN, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 1999, 743 ss (che conclude ridimensionando l'utilità di armonizzazione ed unificazione normativa, ascrivendone il fallimento alle storture del processo politico necessario per realizzarli).

La prima è il ravvicinamento spontaneo, tipicamente fondato su di un processo di riforma di un ordinamento, che spinge un legislatore ad adottare una soluzione già in vigore in un altro, solitamente sulla scorta di un'analisi di diritto comparato²². Si tratta di un meccanismo di adattamento c.d. non cooperativo, perché non richiede il concorso di altri Stati sovrani. La seconda è l'armonizzazione, in virtù della quale è un'istituzione sovranazionale, alla quale precedentemente gli Stati hanno delegato parte della loro sovranità²³, ad imporre determinati obiettivi normativi, lasciando agli Stati che vi sono soggetti un certo grado libertà quanto ai mezzi da impiegare per raggiungerli. Rientrano in questa categoria le direttive tipiche dell'ordinamento dell'Unione europea²⁴. La terza è quella dell'unificazione, ossia la fissazione di regole di dettaglio comuni a più Stati, che può avvenire tanto direttamente in forza di un trattato internazionale, quanto in ossequio ad una misura adottata da un'autorità sovranazionale; ne sono un esempio i regolamenti europei. Diversamente dal ravvicinamento spontaneo, armonizzazione ed unificazione sono processi di adattamento necessariamente cooperativi.

Questi fenomeni differiscono per tre tratti di particolare interesse. Innanzitutto cambiano la misura e la natura del vincolo posto all'autonomia del legislatore nazionale: esso si aggrava progressivamente, passando dall'assoluta libertà del legislatore che decida di effettuare una modifica spontanea (non cooperativa), a quello limitato ai fini proprio dell'armonizzazione, fino al vincolo che comprende anche i mezzi nel caso dell'unificazione. In altre parole, si passa dall'autonomia all'eteronomia.

²² Per il nostro ordinamento G.B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Riv. soc.*, 2013, 325 ss. e P. MONTALENTI, *Il diritto societario europeo tra armonizzazione e concorrenza regolatoria*, relazione al convegno *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, Courmayeur, 19-20 settembre 2014, disponibile all'indirizzo www.cnpds.it.

²³ È il caso dell'UE, alla quale gli Stati membri «attribuiscono competenze per conseguire i loro obiettivi comuni» (art. 1 TUE). Anche qui è essenziale lo studio del diritto comparato, ma pare che la prassi di commissionare approfonditi studi di questo tipo prima dell'introduzione di norme europee stia cadendo in desuetudine: K. HOPT, *Comparative Company Law*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1174.

²⁴ L'armonizzazione può essere massima o minima, e la differenza si è dimostrata di particolare rilevanza nel diritto dei mercati finanziari: C. GERNER-BEUERLE, *United in diversity: maximum versus minimum harmonization in EU securities regulation*, in *Capital Markets Law Journal*, 2012, 317 ss.

Lasciando per ora da parte la modifica spontanea²⁵, si osserva come nell'armonizzazione e nell'unificazione a variare siano anche la completezza ed il livello di dettaglio necessari alle misure ravvicinanti per sortire efficacemente i loro effetti. Le norme di armonizzazione tollerano meglio la genericità e, in un certo senso, richiedono minore dettaglio, essendovi tra i principi che esse impongono più spazio per eventuali adattamenti da parte del legislatore nazionale. Le regole di unificazione, invece, quantomeno per le aree che direttamente ne sono oggetto, devono essere più esaustive e dettagliate, poiché costituiranno esse stesse, direttamente, la normativa applicabile nell'ordinamento che le riceve.

Conseguenza naturale di questi due aspetti è anche che giungere ad un consenso su norme di unificazione risulterà, a parità di materia da regolare, politicamente più complesso, potendo richiedere maggiori risorse. Vi è inoltre da attendersi che ciascuno Stato preferisca che siano le proprie regole ad essere 'esportate', piuttosto che essere costretto ad 'importare' quelle più affini ad altri ordinamenti²⁶.

Si può dunque affermare che l'intervento di unificazione, oltre a costituire un vincolo più intenso nei confronti del legislatore nazionale, tolleri meno l'incompletezza normativa di quello di armonizzazione, e potrebbe richiedere, a parità di materia da regolare, un accordo politico più dettagliato e complesso. Questo schema concettuale può essere applicato utilmente nell'ambito del diritto societario europeo, per individuare e studiare le FSE.

3. *Diritto societario europeo e forme giuridiche sovranazionali.* - È intuitivo ritenere le 'forme societarie europee' parte del 'diritto societario europeo', ma per comprendere esattamente la collocazione è necessario delimitare con precisione i due termini della questione, alla luce delle differenze tra armonizzazione ed unificazione. Iniziamo dunque dal genere, per arrivare a distinguere la specie.

Della nozione di 'diritto societario europeo'²⁷ va escluso il significato più generico e oramai desueto, che indica collettivamente ed

²⁵ Vi si tornerà più oltre, al paragrafo 9.

²⁶ E. CARBONARA-F. PARISI, *The paradox of legal harmonization*, in *Public Choice*, 2007, 367 ss. (sottolineando le diverse tipologie di costi che le misure di armonizzazione ed unificazione impongono); nello stesso senso P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111 ss.

²⁷ Essa è oramai correntemente usata nel linguaggio giuridico. Si vedano ad esempio P. MONTALENTI, *Il diritto societario europeo*, (nt. 22), nonché AA.VV., *Percorsi di diritto societario*

indistintamente i diritti societari applicabili nei diversi paesi dell'Unione europea²⁸. Per determinarne una nozione operativa utile è invece opportuno ragionare per fonte di produzione normativa, includendovi principalmente²⁹ le norme in materia di diritto societario introdotte dalle istituzioni dell'Unione europea³⁰. Queste sono prodotte in base alle disposizioni del TFUE dedicate alla promozione della libertà di stabilimento³¹ ed al generale principio di libertà di iniziativa economica³²; esse hanno ingresso nel nostro ordinamento tramite gli artt. 11 e 117 Cost., e possono integrare tanto il nostro titolo V del libro V c.c., quanto le legislazioni speciali. Le norme europee di diritto societario alle quali ci si riferisce sono contenute in misure di diritto europeo derivato, ossia direttive³³ e regolamenti, come tali in grado di incidere sul diritto

européo, a cura di E. Pederzini, Torino, Giappichelli, 2011. Il termine è utilizzato anche dalle istituzioni, ad esempio dal Parlamento Europeo pur riconoscendo che «non esist[e] un diritto europeo codificato» (PARLAMENTO EUROPEO, *Note sintetiche sull'Unione Europea*, disponibile all'indirizzo www.europarl.europa.eu): l'assenza di una codificazione rende più incerta la ricostruzione esatta del suo perimetro, oggetto della prima parte di questo paragrafo. Il termine ha iniziato a diffondersi nella manualistica negli anni '90, e tra i primi sforzi significativi di risistemazione ed apprezzamento dei confini della materia si veda V. EDWARDS, *EC Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

²⁸ Ad esempio in contrapposizione con il diritto statunitense. Così usavano il sintagma i primi studiosi di questi temi, che osservavano l'evoluzione della legislazione delle allora Comunità europee in materia societaria considerando anche le origini e le caratteristiche dei diversi diritti nazionali: si veda ad esempio AA. VV., *The Harmonisation of European Company Law*, a cura di C. Schmitthoff, Londra, UK National Committee on Comparative Law, 1973 e E. STEIN, *Harmonization of European Company Laws*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1971. Seguendo un approccio più moderno alla disciplina, che è conseguenza del progresso nell'integrazione normativa, suole oggi invece studiare separatamente l'evoluzione del diritto societario nazionale (usando i metodi della comparazione giuridica) e quello propriamente europeo (anche nell'ottica dell'interpretazione del diritto nazionale): si vedano rispettivamente M. ADENAS-F. WOOLRIDGE, *European Comparative Company Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 e S. GRUNDMANN, *European Company Law*², (nt. 1).

²⁹ Si veda nt. 33.

³⁰ Per quanto riguarda la manualistica italiana si veda AA.VV., *Percorsi di diritto societario europeo*, nt. 27 (che si concentrano primariamente sui metodi di formazione delle norme europee e sul loro contenuto). Riferimenti ad approccio in parte diverso a nt. 33.

³¹ Si tratta, in generale, del titolo IV, capo 2 del TFUE, in tema di libertà di stabilimento (in particolare degli artt. 49, 50.1 50.2, lett. g), 54.2 TFUE), nonché del titolo VII, capo 3, che getta le basi per le misure di armonizzazione dei diritti societari nazionali (artt. 114, 115, e 352 TFUE).

³² Quest'ultima nei limiti di cui all'art. 16 della carta dei diritti fondamentali dell'UE, che afferma: «è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

³³ Si devono includere, di conseguenza, le norme di origine italiana che hanno lo scopo di attuare le direttive e che sono necessarie e strumentali all'efficacia di queste ultime nel nostro ordinamento. In questo senso, sempre da una prospettiva nazionale, si possono

societario degli Stati membri. Si tratta di modifica cooperativa, perché avviene in virtù dell'attribuzione di competenze e della relativa compressione della sovranità degli Stati membri che fonda l'Unione³⁴.

Va escluso dall'area d'interesse del diritto societario europeo positivo lo studio della competizione tra ordinamenti, tema divenuto classico nella letteratura di diritto societario prima statunitense³⁵ e poi europea³⁶ e certamente di prima rilevanza per la piena comprensione di alcune dinamiche che portano alla produzione del diritto sovranazionale. Esso, tuttavia, non solo non affiora esplicitamente dalle norme formulate dal legislatore europeo o da quelle interne volte a garantirne il recepimento, ma si pone logicamente come metodo di produzione di norme uniformi alternativo ad armonizzazione ed unificazione³⁷. Questo fenomeno riflette, dal punto di vista esterno agli ordinamenti nazionali, quello che sotto il profilo interno si può qualificare, alla stregua di quanto osservato al paragrafo precedente, come adattamento normativo spontaneo, o non cooperativo.

Il diritto societario europeo è dunque, per la nozione che qui interessa, un diritto positivo, di fonte sopranazionale che ha lo scopo di facilitare il commercio nel mercato unico, realizzando un adattamento cooperativo del diritto delle società di capitali tramite direttive e regolamenti.

leggere AA.VV., *Profili attuali di diritto societario europeo*, a cura di G. Ferri jr e M. Stella Richter jr., Milano, Giuffrè, 2010 (occupandosi dei riflessi che le norme europee hanno avuto sull'ordinamento interno). Le disposizioni in questione, per rientrare nel perimetro della nozione, non devono lasciare, nella trasposizione, una significativa discrezionalità politica al legislatore nazionale.

³⁴ Art. 1, comma 1 TUE.

³⁵ Nella letteratura sul tema si vedano i classici R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington D.C., AEI Press, 1993, con particolare riferimento alla regolamentazione delle offerte pubbliche d'acquisto, e L. BEBCHUCK-A. FERRELL, *A New Approach to Takeover Law and Regulatory Competition*, in *Virginia Law Review*, 2001, 101 ss.

³⁶ Per una prospettiva europea, invece, J. ARMOUR, *Who should make corporate law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, ECGI law working paper n. 54/2005, Giugno 2005, disponibile all'indirizzo www.ecgi.org (auspicando la dismissione dell'armonizzazione a favore della concorrenza tra ordinamenti) e L. ENRIQUES-M. GELTER, *Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection*, in *European Business Organization Law Review*, 2006, 417 ss. (concentrandosi sulle regole di protezione dei creditori). Sulle conseguenze della sentenza *Centros* e per una discussione del fenomeno ai fini di questo lavoro si rimanda al paragrafo 9.

³⁷ Su questo punto si vedano già i riferimenti alla nota 36; vi si tornerà al paragrafo 9.

Stabilito questo perimetro di riferimento, le norme di diritto societario europeo possono essere divise in due macro-categorie, in funzione del loro contenuto³⁸.

Da un lato vi sono direttive che hanno lo scopo di fare convergere le legislazioni nazionali su alcune specifiche aree del diritto societario; esse operano dunque in modo orizzontale, per area tematica³⁹, vincolando i legislatori nazionali solo nello scopo da raggiungere, e lasciando loro un grado variabile di libertà quanto al mezzo da impiegare⁴⁰. Esse possono, alla stregua del quadro tracciato, qualificarsi propriamente come attività normativa di 'armonizzazione'.

A questo riguardo due sono gli aspetti da segnalare. Innanzitutto è realistico pensare che, quantomeno nel prevedibile futuro, con l'integrazione normativa per armonizzazione non si possa ambire ad ottenere una convergenza completa del diritto societario applicabile negli Stati membri, né sembra che questa possa rappresentare in alcun modo «un'utopia desiderabile»⁴¹. Inoltre, pur essendosi registrati successi importanti in alcuni settori, il processo di armonizzazione pare avere subito una doppia battuta d'arresto molto significativa⁴²: hanno rigettato,

³⁸ Una prima traccia di questa suddivisione si legge in J. DE BRUICKER, *EC Company Law – The European Company v. The European Economic Interest Grouping and the Harmonization of the National Company Laws*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1991, 192.

³⁹ Quali le garanzie richieste alle società per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, fusioni nazionali e transfrontaliere, scissioni, contabilità individuale e consolidata, trasparenza, offerte pubbliche d'acquisto. Una panoramica dettagliata delle direttive esorbita lo scopo di questo lavoro, e per riferimenti completi si rimanda a S. GRUNDMANN, *European Company Law*², (nt. 1). Tra i contributi maggiormente critici con riferimento alla necessità ed all'efficacia dell'armonizzazione si segnalano invece H. HANSMANN-R. KRAAKMAN, *The End of History for Corporate Law*, in *Georgia Law Journal*, 2001, 439 ss. e, per quanto riguarda il diritto europeo, L. ENRIQUES, *EC Company Law Directives and Regulations*, (nt. 13).

⁴⁰ Si veda la nt. 24.

⁴¹ K. HOPT, *Corporate Governance in Europe*, (nt. 15), 22. Per una limitazione del programma di armonizzazione del diritto societario da parte dell'Unione europea anche EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS, *Response to the European Commission's Consultation on the Future of European Company Law*, maggio 2012, 4, disponibile sul sito www.ec.europa.eu.

⁴² Per una concettualizzazione dell'«abbandono» di questi progetti di direttiva nell'ottica della piena applicazione del principio di sussidiarietà J. WINTER, *Ius audacibus. The future of EU company Law*, in *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, a cura di M. Tison, H. De Wulf, C. Van der Elst e R. Steennot, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 46.

ad oggi, qualsiasi tentativo di armonizzazione sia le regole fondamentali della *corporate governance*⁴³, sia la disciplina dei gruppi di società⁴⁴.

L'altra categoria di norme nella quale il diritto societario europeo può essere suddiviso è costituita dai regolamenti che hanno lo scopo di creare enti giuridici sovranazionali, con vocazione all'indipendenza dal diritto societario dei singoli paesi. Diversamente dalle direttive di armonizzazione, essi sono caratterizzati da una naturale tendenza alla completezza ed all'autosufficienza, e non sono dunque limitati *ratione materiae*; intendono piuttosto attribuire ad un soggetto giuridico la possibilità di operare in ogni Stato membro, ambendo per loro natura alla completa regolamentazione di tutti i suoi aspetti. Sulla carta, pertanto, la creazione di entità giuridiche europee risulta coerente con il concetto di 'unificazione', e dovrebbe essere possibile qualificare le prime alla stregua del secondo.

Il diritto societario europeo opera quindi, nel suo complesso, tramite sistemi di adattamento normativo a carattere cooperativo che, pur avendo il fine condiviso di facilitare l'attività economica nel mercato unico, lo perseguono con mezzi sensibilmente diversi. Le direttive

⁴³ L'area era interessata dalla proposta di quinta direttiva: COMMISSIONE EUROPEA, *Amended Proposal for a Fifth Directive Founded on Article 54(3)(g) of the E.E.C. Treaty Concerning the Structure of the Public Limited Companies and the Powers and Obligations of Their Organs*, in G.U.C.E. del 9 settembre 1983, n. C 240, 2 ss. Tale proposta, che subì minori modifiche qualche anno dopo (in G.U.C.E. dell'11 gennaio 1991, n. C 7, 4 ss.), sollevò forti difficoltà politiche e non è mai stata approvata. Per un commento alla seconda versione si vedano M. RICOLFI-P. MONTALENTI, *La proposta modificata di quinta direttiva comunitaria sulla società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 256 ss., D. MURPHY, *The Amended Proposal for a Fifth Company Law Directive. Nihil novum*, in *Houston Journal of International Law*, 1985, 215 ss. e W. KOLVENBACH, *EEC Company law Harmonization and Worker Participation*, in *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 11, 1990, 709. Più recentemente sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia*, Milano, Egea, 2013, 132 ss. (che analizza dettagliatamente le diverse fasi della discussione europea sul tema). Uno studio oramai risalente, sollecitato dalla Commissione, ha fatto inoltre notare come non sia opportuno uno sforzo europeo per il coordinamento dei codici di *corporate governance* dei diversi paesi: WEIL, GOTSHAL & MANGES, *Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union and its Member States*, gennaio 2002, disponibile sul sito www.ec.europa.eu.

⁴⁴ Il riavvicinamento del diritto degli Stati membri con riguardo a questa area del diritto societario era prevista nella proposta di nona direttiva: *Proposta di Nona direttiva basata sull'articolo 54, paragrafo 3 lettera g) del trattato CEE, relativa ai legami fra imprese e in particolare ai gruppi*, in *Riv. soc.*, 1985, 1040 ss. Per un commento A. PAVONE LA ROSA, *Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 831 ss. e A. GAMBINO, *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva*, *ibidem*, 1987, I, 5 ss., nonché U. IMMENGA, *L'harmonisation du droit des groupes de sociétés. La proposition d'une Directive de la Commission de la C.E.E.*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 846 ss.

armonizzano solo settori specifici dei diritti nazionali, ed hanno incontrato i significativi limiti della regolamentazione della *corporate governance* e dei gruppi; i regolamenti, invece, ambiscono a creare forme giuridiche sovranazionali, ed, almeno tendenzialmente, autonome, seguendo il modello dell'unificazione, alla stregua del quale non dovrebbero trovare limitazioni in alcun settore del diritto societario. La natura delle FSE va ora definita con maggiore specificità.

4. *Forme societarie europee tra libertà di circolazione e garanzie minime.* – Come anticipato, nell'ordinamento europeo sono state discusse numerose forme giuridiche sovranazionali, ma non tutte possono essere definite 'forme societarie', né tutte sono venute alla luce. Qui considereremo solamente le entità sovranazionali che abbiano natura di società di capitali⁴⁵, indipendentemente dal fatto che abbiano trovato definitiva approvazione, e questa si manterrà come nozione operativa di FSE.

Sono escluse dal perimetro dell'indagine, pertanto, sia la f.e., *ictu oculi* estranea al libro V del nostro codice civile⁴⁶, sia il g.e.i.e., che non garantisce ai suoi membri la responsabilità limitata per le obbligazioni del gruppo e che non è semplice, quantomeno nell'ordinamento italiano, qualificare come società alla stregua dell'art. 2247 c.c.⁴⁷. Rimangono pertanto nel novero delle FSE la s.e. e la s.c.e., che sono le uniche FSE

⁴⁵ Facendo proprio il significato corrente nell'ordinamento italiano. Per una generalizzazione delle caratteristiche basilari delle società di capitali si veda R. KRAAKMAN-J. ARMOUR-P. DAVIES-L. ENRIQUES-H. HANSMANN-G. HERTIG-K. HOPT-H. KANDA-E. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁴⁶ Il dibattito sulla fondazione europea non è mai stato particolarmente acceso, tanto che il piano d'azione non ne fa nemmeno menzione: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione*, (nt. 9). Per ulteriori riferimenti si veda nt. 3.

⁴⁷ In generale si veda nt. 2, mentre per la netta esclusione dall'ambito delle società di capitali A. ROSSI, *Il GEIE*, (nt. 2), 190 (che accosta questa forma giuridica piuttosto al consorzio quanto a funzione, ed alla s.n.c. per struttura). Su come le caratteristiche del g.e.i.e. differiscano sensibilmente negli ordinamenti dei diversi stati membri H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms*, (nt. 16), 1673. Parimenti escluse dal perimetro dell'indagine sono le discussioni sul progetto di *European Model Company Act*, che costituirebbe solamente un modello al quale i legislatori nazionali sarebbero liberi di ispirarsi, e che è discusso in T.BAUMS-P. KRÜGER ANDERSEN, *The European Model Company Act Project*, in *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, a cura di M. Tison, H. De Wulf, C. Van der Elst e R. Steennot, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 5 ss. ed è stato oggetto del decimo simposio di *European Company and Financial Law Review*. Per alcune osservazioni su contenuti e prospettive si legga anche M. VENTORUZZO, *The New European Model Company Act*, 14 ottobre 2015, disponibile all'indirizzo www.corpgov.law.harvard.edu.

esistenti al momento in cui si scrive, la s.p.e. (il cui progetto è stato abbandonato) e che risulta particolarmente significativa per lo sviluppo che ha subito, ed infine la s.u.p. oggi in discussione.

Vi è poi un'importante riflessione da effettuare sull'indirizzo di principio che accomuna le iniziative relative alle FSE: esse differiscono dalle correlative forme nazionali perché sono portatrici di un forte interesse alieno rispetto al diritto degli Stati membri, tipico piuttosto dell'Unione. Si tratta della libera circolazione delle persone e dei capitali oltre i confini nazionali, allo scopo di consolidare il mercato unico⁴⁸. Questo interesse può avere un forte peso nella regolamentazione delle FSE, e potrebbe costituirne una caratteristica essenziale⁴⁹.

La promozione della libertà di circolazione potrebbe essere difficile da conciliare con quella della protezione degli interessi in gioco nell'attività sociale, ossia all'ottenimento di quella che è stata definita di 'protezione minima' condivisa da tutti gli Stati membri⁵⁰. La tutela dei soci, dei creditori e dei terzi spesso non è equivalente nei diversi paesi sia relativamente al *quantum*, ma soprattutto per quanto riguarda il *quomodo*:

⁴⁸ In questo senso il quarto considerando del Regolamento s.e., secondo il quale «il contesto giuridico entro il quale le imprese debbono operare nella Comunità rimane principalmente basato sulle normative nazionali, e pertanto non corrisponde più al contesto economico nel cui ambito devono svilupparsi per permettere la realizzazione degli obiettivi del trattato». La creazione di FSE parrebbe dunque avere una funzione 'successiva', ossia di ri-allineamento di una realtà giuridica arretrata ad una economica più avanzata. Diversa impressione si ha invece leggendo la Proposta s.p.e., nella quale la Commissione specifica che l'iniziativa s.p.e. ha lo scopo di «migliorare la competitività delle PMI facilitando il loro stabilimento e la loro operatività nel mercato unico», dopo avere riconosciuto che solo una piccola parte di queste imprese, al momento della proposta, svolgeva la propria attività in Stati membri diversi da quelli di costituzione. Nel caso della s.p.e., dunque, il tentativo di unificazione normativa aveva funzione 'preventiva' di propulsione di attività imprenditoriali poco sviluppate, piuttosto che di fornire uno status giuridico adeguato a realtà imprenditoriali cresciute oltre i confini nazionali. Questo passaggio della Commissione da un'azione passiva ad una attiva e propositiva nell'ambito delle FSE corrisponde alla generale tendenza all'unificazione del mercato interno già rilanciata negli anni '80: COMMISSIONE EUROPEA, *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, Milano, 28-29 giugno 1985, 37, n. 137, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu (che già considerava la complementarità tra unificazione ed armonizzazione, nel senso qui indicato nel paragrafo 2).

⁴⁹ Lo si vedrà nel paragrafo 6.

⁵⁰ Sulle 'opposte esigenze' di rafforzare i diritti degli azionisti e stimolare l'efficienza dell'attività delle imprese su scala europea si vedano COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto delle società*, (nt. 10), 3 e, molto chiaramente, K. HOPT, nell'abstract del suo *A Critical Review*, (nt. 15)

essa è ancora largamente disciplinata dai diritti nazionali⁵¹. Queste disparità possono costituire un ostacolo quando si tratta di negoziare le caratteristiche della forma comune, stimolare protezionismo da parte degli stati membri che non intendono innalzare la quantità o anche semplicemente modificare la qualità di determinate tutele.

Ciò è in linea con quanto detto relativamente alla difficoltà insita nel raggiungimento della piena unificazione normativa, più ardua della semplice armonizzazione perché impone un vincolo anche nel *quomodo*; inoltre la forma societaria deve essere introdotta per regolamento e non per direttiva, e non può considerare solamente un aspetto del diritto societario, ma deve fornire un modello almeno tendenzialmente completo ed autosufficiente, comprimendo inevitabilmente l'autonomia degli stati membri. Dovrà dunque imporre un forte vincolo politico, perché senza completezza non si potrà parlare di forme societarie transnazionali, perché non si completerebbe il processo di unificazione. Alla luce di queste osservazioni è ora possibile passare in rassegna le singole FSE.

5. *Gli 'statuti' delle FSE come tentativo di unificazione normativa.* - Si esamineranno ora lo scopo e la struttura di alcune delle norme contenute negli 'statuti'⁵² delle società europee, tenendo a mente che, nell'ambito del diritto societario europeo, la seconda va esaminata in funzione del primo⁵³. Ad una disamina delle caratteristiche portanti delle singole FSE seguirà pertanto la segnalazione delle problematiche principali che la

⁵¹ L'armonizzazione per direttive interessa solamente alcune aree, lasciando significativamente sottoposte all'esclusiva egida dei legislatori nazionali alcune tra le più significative: sui limiti del processo di armonizzazione si veda il paragrafo 3, ed in particolare nt. 43.

⁵² Se nel diritto italiano lo 'statuto' di una società è rappresentato principalmente dal documento previsto dall'art. 2328, comma 3 c.c., in quello europeo il termine indica anche l'insieme di norme, usualmente contenute in un regolamento, che disciplinano una forma giuridica sovranazionale. Si pensi all'uso che in italiano se ne fa, seppure al di fuori del diritto societario, per contraddistinguere lo 'statuto' dell'imprenditore di cui all'art. 2082 ss. c.c. piuttosto che lo 'statuto' dei lavoratori previsto dalla l. 20 maggio 1970, n. 300. Questo è stato impiegato nella traduzione italiana per la più semplice analogia con il termine inglese 'statute' che contraddistingue «un decreto, un comando impartito da un sovrano o da un organo di governo» (*statut* in francese e tedesco): cfr. le denominazioni del Regolamento s.e. e del regolamento s.c.e. riportate alle ntt. 4 e 5. Con una certa incongruenza lessicale, però, l'art. 6 del Regolamento s.e. afferma che il termine designa al contempo «l'atto costitutivo e lo statuto *propriamente detto* della [s.e.], qualora quest'ultimo formi oggetto di un atto distinto» (enfasi mia), contribuendo a creare confusione.

⁵³ R. WEIGMANN, *L'interpretazione del diritto societario armonizzato nell'Unione Europea*, in *Contr. impr. eur.*, 1996, 487 ss.

normativa presenta, al fine di verificare se ciascuna di esse possa dirsi tipo sociale autonomo, se si sia dato luogo ad una vera e propria unificazione ad opera del diritto europeo e se possa dirsi confermata la natura europea di questi istituti. Le riflessioni formulate saranno impiegate per valutare, nel complesso, se le FSE costituiscono un sistema coerente.

5.1. *La società europea.* - La s.e., al principio della sua trentennale discussione⁵⁴, era stata concepita per svolgere la funzione di «ammiraglia»⁵⁵ del diritto societario europeo⁵⁶; al termine di un lungo processo legislativo di «scrematura»⁵⁷ la sua struttura è risultata sensibilmente «rintuzzata»⁵⁸. Un'impressione chiara di quanto è avvenuto la si trae dalla lettura dei considerando del Regolamento s.e.

Coerentemente con l'originaria impostazione, infatti, il regolamento inizia osservando che lo scopo della s.e. è consentire la «ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle della Comunità»⁵⁹, facilitando le operazioni di fusione⁶⁰ ed aiutando a risolvere addirittura «difficoltà di natura giuridica [...] e psicologica»⁶¹ che ostacolano il «raggruppamento di società di Stati membri differenti»⁶². Le differenze nel diritto applicabile, dunque, sembrano fin qui il movente primo del legislatore europeo, e necessitano la previsione «di società la cui costituzione e funzionamento siano disciplinati da un regolamento di diritto comunitario applicabile in tutti gli stati membri»⁶³, che consentiranno di gestire imprese di dimensione europea «senza gli

⁵⁴ Il primo progetto risale al 1970, e per un dettagliato resoconto delle prime fasi della discussione si veda W. KOLVENBACH, *EEC Company law*, (nt. 43), nonché i riferimenti a nt. 67.

⁵⁵ K. HOPT, *Europäisches Gesellschaftsrecht - Krise und neue Anläufe*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, 99.

⁵⁶ Per come il sogno di un diritto societario uniforme fosse tra i motori della prima ondata di integrazione del diritto societario, specie tra gli studiosi che hanno visto la nascita delle Comunità ed hanno sollecitato lo sviluppo del progetto s.e. si veda P. SANDERS, *Vers une Société Anonyme Européenne?*, in *Riv. soc.*, 1959, 1163 ss.

⁵⁷ L. ENRIQUES, *Silence is Golden: The European Company Statute as a Catalyst for Company Law Arbitrage*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 77.

⁵⁸ È il termine che usa H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms*, (nt. 16), 1675 ss.; per una prima critica in questo senso già T. BLACKBURN, *The Societas Europaea: The Evolving European Corporation Statute*, in *Fordham Law Review*, 1993, 695 ss.

⁵⁹ Considerando n. 1 del Regolamento s.e.

⁶⁰ Considerando n. 2 del Regolamento s.e.

⁶¹ Considerando n. 3 del Regolamento s.e.

⁶² Considerando n. 4 del Regolamento s.e.

⁶³ Considerando n. 6 del Regolamento s.e.

ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali»⁶⁴. L'impressione è certamente quella di un'unificazione normativa: norme comuni, applicabili per regolamento, che superano le differenze nazionali⁶⁵.

Proseguendo con la lettura, tuttavia, il legislatore sembra prepararsi la strada per ritrattare le forti affermazioni di principio appena formulate, quando afferma che, dall'originario progetto del 1970 «i lavori di ravvicinamento del diritto nazionale delle società hanno fatto notevoli progressi». Questo significherebbe che «nei settori in cui il funzionamento della [s.e.] non *esige* norme comunitarie uniformi è possibile operare un rinvio alla legislazione sulle società per azioni dello Stato membro in cui essa ha la sede sociale»⁶⁶. Ad una società 'europea' non sarebbero necessarie (essa non «*esige*[rebbe]») regole europee per funzionare, potendo usare quelle nazionali. Questo, dal punto di vista pratico, è innegabile, perché non si è davanti ad una lacuna normativa che l'interprete deve sforzarsi di integrare, bensì ad un rinvio al diritto vigente: quindi una s.e. può operare in base alla normativa nazionale alla quale il Regolamento s.e. rinvia. Il problema sta nell'incompatibilità di un simile, nuovo assetto di principio con il concetto di unificazione normativa. In questo contesto l'argomento della non necessità di regole puramente 'europee' - ossia esclusivamente contenute nel regolamento - per il funzionamento di una società che intende essere 'europea' nei termini sopra descritti si sarebbe potuto sostenere se le norme nazionali in questione fossero state a loro volta oggetto di unificazione. Invece il diritto nazionale ha subito al più - e dichiaratamente - un processo di semplice armonizzazione, talvolta parziale. Ci si trova di fronte ad una rilevante incongruenza.

La realtà delle disposizioni, purtroppo, è ancora più frammentaria di quanto si considerando non presagiscano. La struttura tracciata dal Regolamento s.e. risulta molto complessa, e, per quel che qui interessa, possiamo isolare varie tipologie di norme⁶⁷.

⁶⁴ Considerando n. 7 del Regolamento s.e.

⁶⁵ La si è vista al paragrafo 3.

⁶⁶ Considerando n. 9 del Regolamento s.e.; l'enfasi è mia.

⁶⁷ Per un esame più compiuto delle disposizioni in parola, si possono leggere, nella nostra dottrina, AA.VV. *La società europea. Fonti comunitarie e modelli nazionali*, a cura di D. Corapi e F. Pernazza, Torino, Giappichelli, 2011; AA.VV., *Lo statuto legale di società europea*, a cura di A. Principe, Napoli, Esi, 2002; AA.VV., *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di L. Ficari, Milano, Giuffrè, 2006.

Vi sono innanzitutto le regole comuni, effettivamente oggetto di unificazione da parte del regolamento s.e., quali quella sul nome, sulla divisione del capitale in azioni, sulla personalità giuridica e sulla denominazione in euro⁶⁸, sulle modalità di costituzione⁶⁹ e sulla struttura generale del sistema di amministrazione e controllo, che può essere monistico o dualistico⁷⁰.

Già dalla prima disposizione, tuttavia, si nota che parte delle norme non sono contenute nel regolamento, ma in una direttiva *ad hoc* che tratta del coinvolgimento dei lavoratori⁷¹; si tratta, in questo caso, di un rinvio a norme oggetto di armonizzazione strumentale all'adozione del Regolamento s.e.

Sono poi oggetto di richiamo norme nazionali che sono state armonizzate in altre occasioni⁷²: si veda ad esempio il rinvio residuale alla normativa nazionale per la disciplina del capitale⁷³, della fusione⁷⁴ e dei «conti annuali»⁷⁵.

Si fa infine riferimento a regole nazionali che non sono state armonizzate, ed è il caso, ad esempio⁷⁶, della responsabilità degli

⁶⁸ Art. 1, commi 1-3 ed art. 4.1 del Regolamento s.e.

⁶⁹ Sezione seconda del Regolamento s.e., artt. 17 ss.

⁷⁰ Le norme sulla struttura si trovano nel titolo III del Regolamento s.e. È stato tuttavia osservato che le norme che regolano il sistema dualistico di amministrazione e controllo nella s.e. hanno sì avuto l'indubbio vantaggio di tipizzarne il modello e riconoscere agli operatori il diritto di sceglierlo, ma hanno anche lasciato «importanti opzioni» ai legislatori degli Stati membri: G.B. PORTALE, *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 56.

⁷¹ I riferimenti completi alla Direttiva 2001/86/CE si trovano a nt. 4. Per riferimenti generali si veda HABERSACK, *La cogestione nella Società Europea*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 2 ss.

⁷² Coerentemente, in questo caso, con il dettato del considerando n. 9 visto sopra.

⁷³ Si veda l'art. 5, che rende applicabile alla s.e. la disciplina della società per azioni dello Stato membro in cui è iscritta per quanto riguarda «il capitale della [s.e.], la sua salvaguardia, le sue modificazioni, nonché le azioni, le obbligazioni e gli altri titoli assimilabili». Si tratta di temi armonizzati dalla Direttiva 2012/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sul coordinamento delle garanzie per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, in *G.U.U.E.* n. L 315 del 14 novembre 2012, 74 ss.

⁷⁴ Armonizzata con la Direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, relativa alla fusione delle società per azioni, in *G.U.U.E.* n. L 110 del 29 aprile 2011, 1 ss.

⁷⁵ Titolo IV del Regolamento s.e.

⁷⁶ Altro esempio in questo senso è l'art. 39, comma 5 del Regolamento s.e., nel quale è previsto che lo Stato membro la cui legislazione non preveda il sistema dualistico di amministrazione e controllo «può adottare misure appropriate relativamente alla s.e.»

amministratori⁷⁷ e della possibilità per le persone giuridiche di partecipare agli organi di amministrazione e controllo⁷⁸, delle competenze dell'assemblea⁷⁹ o delle maggioranze richieste per la modifica dello statuto⁸⁰: tutti problemi relativi alla *corporate governance*, che trovano soluzioni diverse negli Stati membri. Interamente disciplinate dalla normativa nazionale sono poi le problematiche relative allo scioglimento, alla liquidazione ed all'insolvenza⁸¹.

Oltre ai rinvii alla legislazione nazionale, è poi lasciata una significativa autonomia agli Stati membri nell'adattare anche le stesse disposizioni del Regolamento s.e., come ad esempio l'identificazione delle categorie di operazioni soggette all'autorizzazione dell'organo di vigilanza nel sistema dualistico⁸². Saranno infine i soci, nell'elaborare lo statuto della s.e., a scegliere tra le numerose opzioni lasciate aperte dal Regolamento⁸³.

Il quadro che emerge dall'esame della normativa è dunque di forte incoerenza, confermando che s.e. costituite in Stati membri diversi possano avere caratteristiche strutturali sostanzialmente differenti. Si può

(corsivo mio). Il conferimento di questo potere non comprende tuttavia specificazioni particolari quanto alla tipologia di norme da introdurre.

⁷⁷ Art. 39 e 43 del Regolamento s.e., in base al quale uno Stato membro può prevedere che «l'amministratore o gli amministratori delegati siano responsabili della gestione corrente alle medesime condizioni previste per le società per azioni aventi sede nel suo territorio» sia nel caso di adozione del sistema monistico che in quello del sistema dualistico.

⁷⁸ Art. 47 comma 1 del Regolamento s.e.

⁷⁹ Art. 52, comma 2 del Regolamento s.e., che stabilisce che le competenze non specificamente attribuite all'assemblea dal Regolamento sono ripartite in base alle disposizioni del diritto vigente nello stato di costituzione.

⁸⁰ Non si tratta in questo caso di un rinvio diretto, ma piuttosto di quella che potrebbe definirsi una 'clausola di parità': secondo l'art. 59 del Regolamento s.e. la maggioranza in questione non deve essere inferiore ai due terzi dei voti espressi «a meno che la legge applicabile alle società per azioni soggette al diritto dello Stato membro della sede sociale della SE preveda o permetta una maggioranza più elevata». Questo caso non è che un esempio di come la forza unificatrice del regolamento sia stata smorzata, nella misura in cui si è adattato alle legislazioni degli Stati membri più rigidi con riferimento alle modifiche statutarie, aprendo la strada a differenze di disciplina tra s.e. con la sede in diversi stati membri.

⁸¹ Si tratta del titolo V del Regolamento s.e.

⁸² Si segnala inoltre quello che sembra un riferimento a norme nazionali che potrebbero non essere mai state emanate: è il caso delle regole non oggetto di unificazione tramite regolamento in tema di sistema dualistico per i paesi che, alla data di entrata in vigore del Regolamento s.e., non ne prevedevano uno. Si veda l'art. 48, comma 1 del Regolamento s.e.

⁸³ Tra tutte la scelta tra sistema monistico e sistema dualistico, prevista dall'art. 38, comma 1, lett. b) del Regolamento s.e.

concludere che il semplice richiamo alla normativa nazionale armonizzata non è che una delle deviazioni dal progetto iniziale di unificazione, poiché divengono parte dello statuto, oltre alle norme comuni imposte dal Regolamento s.e., anche regole di diritto nazionale armonizzate e non armonizzate. Una normativa a più livelli, che mal si adatta al concetto di unificazione, ed alla quale, in particolare, non corrisponde né una unificazione né un'armonizzazione su importanti temi di *corporate governance*.

A ciò si devono aggiungere i problemi pratici segnalati dalla dottrina, non inerenti tanto all'origine delle norme, quanto al loro contenuto, ed in particolare: le eccessive limitazioni relative alle modalità di costituzione⁸⁴ ed alla necessaria transnazionalità delle entità costituenti⁸⁵, all'ingente capitale minimo richiesto⁸⁶ ed ai conseguenti elevati costi di costituzione⁸⁷, che rendono il modello di s.e. poco appetibile per piccole società⁸⁸. Vi è poi un divieto di dissociazione della sede legale da quella dell'amministrazione centrale della s.e., che devono rimanere nello stesso Stato membro⁸⁹: essendo consapevoli della forte limitazione che questa caratteristica avrebbe imposto alle s.e.⁹⁰, la mancata riconsiderazione di questo punto ai sensi della clausola di revisione introdotta dall'art. 69, comma 1, lett. a) del Regolamento s.e. ha costituito certamente una buona occasione perduta⁹¹.

⁸⁴ Delle quali al titolo II del Regolamento s.e.

⁸⁵ Art. 2 del Regolamento s.e.

⁸⁶ Art. 4 comma 2 del Regolamento s.e., che prevede un capitale minimo di 120.000 euro; si tratta di un requisito molto gravoso, specie alla luce dell'art. 6, comma 1 della Direttiva 2012/30/UE (nt. 73) che fissa come requisito base per il capitale minimo di società per azioni la somma di 25.000 euro.

⁸⁷ Altri fattori che contribuiscono ad innalzare i costi di costituzione sono le complessità normative che si sono esaminate in precedenza, le quali richiedono una esperienza specifica da parte dei professionisti coinvolti nel processo di costituzione.

⁸⁸ Pur non mancando voci contrarie (H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms*, (nt. 16), 1676, ove ulteriori riferimenti a nt. 33), in questo senso la maggior parte della opinioni tecniche e delle istituzioni europee (si veda ERNST & YOUNG, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company*, 9 dicembre 2009, 12, disponibile su www.ec.europa.eu, e la Proposta s.p.e., (nt. 6)). Da questa osservazione, ampiamente condivisa, è nata la proposta di s.p.e., sulla quale si veda il paragrafo 5.3.

⁸⁹ Art. 7 del Regolamento s.e.

⁹⁰ Ponendola in uno svantaggio competitivo significativo con riferimento alle società costituite alla stregua del diritto degli Stati membri, specialmente dopo la giurisprudenza della corte di Giustizia sulla libertà di stabilimento già anticipata alla nt. 11, della quale al paragrafo 9.

⁹¹ Per la decisione di non modificare, per ora, il Regolamento s.e. COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione*, (nt. 9), 15.

Vi è poi la questione della partecipazione dei lavoratori: se abbandonare l'unificazione cedendo il passo all'armonizzazione su questi temi può avere facilitato non poco l'ottenimento di un accordo sul progetto, ciò non solo ha contribuito a compromettere il disegno iniziale di unificazione - come sopra evidenziato - ma ha anche aumentato i costi di costituzione, disincentivando i paesi privi di un meccanismo di cogestione nella legislazione nazionale ad adottare il tipo s.e.⁹².

Tra i tratti che possono identificarsi come positivi si segnala invece la possibilità di trasferire la sede legale della s.e. senza procedere al suo scioglimento⁹³: questo aspetto, se ha il vantaggio di avere aperto la strada alle negoziazioni della direttiva sulle fusioni transfrontaliere, comporta però che, dopo l'adozione di questa, la funzione catalitica che la s.e. poteva svolgere per l'arbitraggio normativo⁹⁴ sia venuta meno.

Infine bisogna trattare il punto, in vero più commerciale che giuridico, dell'«immagine europea» della s.e., che potrebbe affrancare, sotto l'«etichetta» neutra e le minime garanzie strutturali offerte dal regolamento, le attività di certi paesi dell'est o del sud Europa dal ricorrente stigma di «nuovi venuti»⁹⁵.

Si tratta dunque di una forma giuridica che non mantiene la sua promessa, e che presenta un basso livello di autonomia dal diritto nazionale. È dubitabile che possa essere qualificata come tipo societario genuinamente europeo, se con esso facciamo riferimento ad un processo compiuto di unificazione normativa.

5.2. *La società cooperativa europea.* - Il percorso di questa forma societaria, pur essendo stato sensibilmente più breve⁹⁶, ha ricalcato la storia della s.e.,

⁹² REFLECTION GROUP, *Report*, (nt. 18), 30; per ampi riferimenti M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori*, (nt. 43), mentre accoglie come «un passaggio importante nel declinare la partecipazione anche sul terreno della presenza diretta dei dipendenti nella governance societaria» F. VELLA, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 1125.

⁹³ Art. 8 del Regolamento s.e., seppure con procedura laboriosa e senza unificazione delle tutele accordate ai «titolari di diritti» nei confronti della s.e. nello Stato membro nel quale la s.e. aveva la sede sociale prima del trasferimento (art. 8, comma 7).

⁹⁴ L. ENRIQUES, *Silence is Golden*, (nt. 57), 77 ss.

⁹⁵ Sono espressamente denominati così in COMMISSIONE EUROPEA, *Studio di fattibilità per uno statuto europeo della PMI*, luglio 2005, in www.ec.europa.eu gli stati «che escono da un'economia e da un sistema giuridico comunista» (*sic*).

⁹⁶ La prima proposta risale al 1992 ed è sembrato un «ripiegamento di fronte all'impossibilità di varare una direttiva di armonizzazione della legislazione cooperativa dei vari stati»: in questo senso G. BONFANTE, *La società cooperativa europea*, in *La società*

sua sorella maggiore, nascendo quasi per gemmazione, tanto da essere definita il risultato di un «pedinamento socio-politico»⁹⁷. È probabilmente anche la più trascurata delle FSE, perché non ha ricevuto da parte degli studiosi la stessa attenzione di altre forme⁹⁸. Per questo motivo molte delle osservazioni già formulate per la s.e. sono valide anche per questa forma: la struttura della normativa relativa alla s.c.e. è sdoppiata, come nel caso della s.e., tra il Regolamento s.c.e. e la Direttiva s.c.e., e le differenze più rilevanti sono dovute alla struttura mutualistica anziché azionaria di questa forma societaria⁹⁹.

Il complesso sistema di fonti, delineato dall'art. 8 del Regolamento s.c.e.¹⁰⁰, forse anche a causa delle relevantissime differenze degli ordinamenti nazionali nell'ambito della cooperazione¹⁰¹, conferma le osservazioni già formulate per il Regolamento s.e. in merito al distanziamento dall'effettiva unificazione a vantaggio dell'armonizzazione in alcune aree, e del semplice rinvio in altre¹⁰².

cooperativa europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?, a cura di A. Fici e D. Galletti, Trento, Alcione, 2006, 4.

⁹⁷ H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms*, (nt. 16). L'impressione è rafforzata dalla lettura dei considerando, spesso simili a quelli del Regolamento s.e., ed in particolare del diciottesimo, a mente del quale «i lavori per ravvicinare il diritto societario degli Stati membri hanno compiuto progressi ragguardevoli, il che consente, per quanto riguarda la [s.c.e.], nei settori per cui la sua attività non richiede norme comunitarie uniformi, di fare riferimento, per analogia, a talune disposizioni dello Stato membro della sede sociale della [s.c.e.]»; è chiara l'assonanza con il nono considerando del Regolamento s.e. (nt. 66), a parte il termine usato ('richiede' anziché 'esige', ma non è che una semplice questione di traduzione), un riferimento più specifico alle norme di attuazione (e dunque, parrebbe, un rinvio più specifico, limitato alle norme delle quali a nt. 33) ed il seguente elenco delle direttive armonizzanti, che qui c'è e là manca. Parrebbe, quindi, un'apertura più circostanziata dell'unificazione all'armonizzazione.

⁹⁸ Si segnala tuttavia il convegno tenuto presso la Facoltà di Economia dell'Università di Trento il 24 giugno 2005, poi pubblicati in A.A.VV., *La società cooperativa europea* (nt. 96). Quanto alla deludente diffusione di questo modello si veda il paragrafo 7.

⁹⁹ D. GALLETTI, *La tutela delle minoranze nella SCE*, in *La società cooperativa europea* (nt. 96), 49 ss,

¹⁰⁰ Per un quadro generale G. PRESTI, *Le fonti della disciplina e dell'organizzazione interna della società cooperativa europea*, in A.A.VV., *La società cooperativa europea* (nt. 96), 67 s.

¹⁰¹ D. GALLETTI, *La tutela delle minoranze*, (nt. 99), 49 ss.

¹⁰² A questo riguardo si veda l'art. 8, comma 1, lett. c), n. 2 del Regolamento s.c.e., che prevede, tra i criteri residuali di disciplina, l'applicabilità delle «leggi degli Stati membri che si applicherebbero ad una cooperativa costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SCE ha la sede sociale».

La struttura del Regolamento s.c.e., così come quella della Direttiva s.c.e., ricalcano quelli della s.e. in maniera così precisa¹⁰³ da rendere superfluo un suo esame di dettaglio.

5.3. *La società privata europea.* – Era vista come un’opportunità di crescita per le piccole e medie imprese¹⁰⁴, ha suscitato un discreto interesse¹⁰⁵ ed un dibattito dottrinale certamente più intenso di quello riservato alla s.c.e.¹⁰⁶, ma la proposta di s.p.e. è stata ritirata¹⁰⁷. È ragionevole ritenere che considerevoli risorse siano state impiegate per gli studi preparatori di questa nuova FSE, ed in particolare, oltre che per la consultazione preliminare¹⁰⁸, per lo studio di fattibilità¹⁰⁹ e per l’*impact assessment*¹¹⁰; ed è

¹⁰³ Nello stesso senso J. SCHMIDT, *SE and SCE: two new European company forms – and more to come!*, in *Company Lawyer*, 2006, 106.

¹⁰⁴ Così era considerata da COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto delle società*, (nt. 10), 23 s., sulla scorta delle osservazioni precedentemente formulate da HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *Report*, (nt. 19), 113 (il quale sottolinea che l’iniziativa ha tratto origine da una iniziativa di operatori ed accademici che hanno sostenuto «la necessità di una società privata europea»). Tra i principali ispiratori della s.p.e. è Robert Teichmann, che all’indirizzo www.europeanprivatecompany.eu ha fornito documenti ed aggiornamenti negli anni nei quali la proposta è rimasta pendente. La pagina, al momento in cui si scrive, è ancora visitabile, e sembra avere iniziato ad ospitare aggiornamenti relativi al nuovo progetto di s.u.p. (significativa, in questo senso, la mancanza di aggiornamenti dal 30 maggio 2011 al 9 aprile 2014).

¹⁰⁵ Lo si riscontra leggendo i risultati della consultazione portata avanti dalla Commissione, disponibili all’indirizzo www.circabc.europa.eu, e riassunti in EUROPEAN BUSINESS TEST PANEL, *Statistiche delle risposte per Società privata europea [sic]*, ivi (si veda in particolare l’alto numero di risposte che individuano come barriere rilevanti la presenza di normative diverse nei diversi paesi – p. 7 – ma solo poco più della metà dei *respondent* riteneva che una società privata europea potesse costituire la soluzione ai loro problemi – p. 8. –). Non mancavano già allora, tuttavia, voci scettiche, come il consiglio notarile federale tedesco: BUNDESNOTARKAMMER, *Consultation sur l’éventuel statut de Société Privée Européenne (SPE)*, ivi.

¹⁰⁶ Aa. Vv., *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, a cura di H. Hirte e C. Teichmann, volume speciale di *European Company and Financial Law Review*, n. 3, 2013; P. DAVIES, *The European Private Company (SPE): Uniformity, Flexibility, Competition and the Persistence of National Laws*, ECGI Working Paper n. 154/2010, maggio 2010, disponibile all’indirizzo www.ssrn.com; R. DRURY, *The European Private Company*, in *European Business Organization Law Review*, 2008, 125 ss.; R. WEIGMANN, *Il progetto di statuto di una Società privata europea*, in *Giur. it.*, 2009, 1313 ss. e R. GUIDOTTI, *La società privata europea*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di M. Bione, R. Guidotti ed E. Pederzini, Padova, Cedam, 2012, 621 ss.

¹⁰⁷ Ed alquanto sommessamente, dal provvedimento citato a nt. 3.

¹⁰⁸ Cfr. nt. 105.

¹⁰⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Studio di fattibilità*, (nt. 95).

¹¹⁰ Il resoconto sommario del quale si legge in COMMISSIONE EUROPEA, *Summary of the impact assessment accompanying the proposal for a Council Regulation on a statute for a European Private Company (SPE)*, COM (2008), 396, disponibile all’indirizzo

importante considerare comunque la relativa proposta per due motivi. Innanzitutto l'idea di base della s.p.e. nasce per colmare quella che era percepita come una lacuna dell'ordinamento, in quanto la disciplina della s.e. non si adattava alle piccole e medie imprese¹¹¹; inoltre è da questa proposta che nasce quella di s.u.p., ed un suo esame di massima potrà pertanto fornire un utile termine di paragone¹¹².

La prima proposta di s.p.e.¹¹³ è, sotto il profilo dell'inquadramento teorico, una misura che ambisce all'indipendenza dagli ordinamenti nazionali, ed il relativo 'statuto' dovrebbe essere concepito come «uniforme e definitivo», dovendo trovare una applicazione «esclusiva [...] sottraendo le materie disciplinate [in esso] dalla giurisdizione degli Stati membri»¹¹⁴. Questo presupposto è decisamente in linea con il concetto di unificazione, ed è stato declinato dalla Commissione facendo riferimento ai concetti di uniformità, certezza giuridica e flessibilità¹¹⁵. Questa prima versione, tuttavia, verrà fortemente modificata nel processo che conduce all'ultimo compromesso, proposto dalla presidenza ungherese nel maggio 2011 (Compromesso s.p.e.)¹¹⁶.

www.ec.europa.eu. Nel documento vengono proposte tre alternative di *policy* per rispondere alla mancata espansione sovranazionale delle PMI europee, tra le quali (i) non varare alcuna nuova normativa, affidandosi piuttosto all'esistente ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia; (ii) armonizzare i diritti nazionali, opzione che però viene scartata perché comporterebbe la modifica «di regole che hanno formato parte delle disposizioni fondamentali del diritto societario nazionale per decenni e che sono considerate da esso inseparabili», e che pertanto tali modifiche «non risultano al presente politicamente viabili»; (iii) adattare il Regolamento s.e. anche alle PMI, il che avrebbe però reso troppo complesso il già corposo regolamento. Su quest'ultima osservazione, *contra*, si veda P.H. CONAC, *The Societas Unius Personae (SUP): A "Passport" for Job Creation and Growth*, in *European Company and Financial Law Review*, 2015, 175.

¹¹¹ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, *Parere del Comitato Economico e Sociale su «L'accesso delle PMI ad uno statuto di diritto europeo»*, in G.U.C.E. n. C 125 del 27 maggio 2002, 100. Anche la s.p.e., come già la s.c.e., nasce con lo scopo di garantire pari opportunità alle diverse tipologie di imprese, ma, diversamente da quest'ultima, non può adottare il medesimo statuto (e sull'impossibilità di adattare il Regolamento s.e. alle esigenze delle PMI si veda nt. 111).

¹¹² Entrambe le misure sono infatti esplicitamente indirizzate alle piccole e medie imprese.

¹¹³ I riferimenti alla proposta si trovano a nt. 6.

¹¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Report with recommendations to the Commission on the European private company statute*, documento n. A6-0434/2006, 2006, 5, disponibile sul sito www.europarl.europa.eu.

¹¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal* (nt. 6), 3.

¹¹⁶ CONSIGLIO EUROPEO, *Proposal for a Council Regulation on a European Private Company – Political Agreement*, documento interno indirizzato dal Segretario generale al Consiglio del 23 maggio 2011, disponibile all'indirizzo www.europa.eu.

Diversamente dalla s.e., la Proposta s.p.e. includeva la possibilità di collocare sede legale e sede operativa in stati membri diversi¹¹⁷, ma è stata modificata in modo che gli Stati membri potessero essere certi che la s.p.e. «non fosse usata allo scopo di evadere le obbligazioni [...] dello stato nel quale sono stabilite», ossia tramite un richiamo alla legge applicabile nel paese dove è posta la sede legale¹¹⁸.

Vi è poi la questione del capitale minimo: dalla prima versione, che prevedeva un solo euro senza possibilità di deroga¹¹⁹, si giunge alla seconda versione, la quale prevede la facoltà degli Stati membri di alzarlo fino a 8.000 euro¹²⁰. Alla disposizione successiva impone alla Commissione di rivedere gli effetti di questa scelta entro due anni dall'entrata in vigore¹²¹, il che toglie forza alla disposizione.

Il terzo punto nodale è la partecipazione dei lavoratori nella gestione della società: nella prima versione della proposta costituiva un'unica, snella disposizione di rimando al diritto applicabile nello Stato membro dove è posta la sede legale¹²² (che pure si discosta dall'assenza di richiami che era stata auspicata al principio); nell'ultima versione è stata sostituita da sei corpose disposizioni¹²³.

Il negoziato sulla s.p.e. si è arenato su questi tre punti: forniva tuttavia, per quanto riguarda altre norme e limitatamente alla sua prima formulazione¹²⁴, una regolamentazione con meno richiami alla normativa nazionale di quanto non avvenisse nella s.e.¹²⁵. Il primo progetto aveva dunque più caratteristiche in linea con l'unificazione e, nel complesso, avrebbe potuto attrarre le PMI¹²⁶.

¹¹⁷ Art. 7, comma 1, secondo periodo della Proposta s.p.e.

¹¹⁸ Art. 7, comma 1 del Compromesso s.p.e.

¹¹⁹ Art. 19, comma 4 della Proposta s.p.e.

¹²⁰ Art. 19, comma 3, secondo periodo del Compromesso s.p.e.

¹²¹ Art. 19, comma 3a del Compromesso s.p.e.

¹²² Il capitolo VI della Proposta s.p.e., che conteneva un solo articolo, il 34.

¹²³ Artt. 35 ss. del Compromesso s.p.e.

¹²⁴ Per l'opinione in base alla quale nel corso delle negoziazioni sulla Proposta s.p.e. si fosse fatta strada la stessa logica di rimando alle disposizioni nazionali che è stata applicata nella s.e. P. DAVIES, *The European Private Company (SPE)*, (nt. 106), 30.

¹²⁵ Ne rimanevano, tuttavia, alcuni: oltre al rinvio residuale di cui all'art. 4, comma 1, secondo periodo, rimanevano escluse dall'unificazione la disciplina di dettaglio dei doveri e della responsabilità degli amministratori (seppure venisse fornita, all'art. 31 della Proposta s.p.e., un sistema abbastanza dettagliato, la sua autonomia veniva mitigata dal rinvio al diritto nazionale di cui al comma 5), anche l'impugnazione delle delibere invalide (art. 27, comma 4, paragrafo 2 della Proposta s.p.e.).

¹²⁶ Mancava infatti l'elemento transfrontaliero richiesto per la costituzione della s.e., era consentito il trasferimento della sede sociale senza necessità di scioglimento (art. 35,

Da questi documenti si comprende come sia difficile trovare un compromesso politico su temi così diversi, come sono quelli necessari per unificare la disciplina intera di un tipo sociale. Il problema principale nell'individuazione di uno *standard* condiviso risiede qui nell'opposizione di Stati membri che hanno una normativa nazionale più flessibile o più rigida: entrambi, in un senso o nell'altro, difficilmente approveranno l'adozione di misure che possono, rispettivamente, irrigidire o ammorbidire il proprio regime, temendo la concorrenza di un modello societario percepito come straniero, ma al contempo inusualmente libero di circolare¹²⁷. Si era anticipato come coniugare le esigenze derivanti dalla libera circolazione delle persone giuridiche e dal mantenimento delle garanzie previste dal diritto societario di ciascuno stato membro sono obiettivi la cui piena realizzazione simultanea è molto complessa¹²⁸: l'esame di queste tre FSE ne ha fornito una conferma, ed ha identificato la causa della delicatezza del meccanismo politico di negoziazione di una soluzione cooperativa quale l'unificazione.

5.4. *La società di un unico socio.* – Riconoscendo che l'insuccesso della s.p.e. non è stato motivato dalla mancanza di una esigenza di fondo del mercato¹²⁹, la Commissione sta ora concentrando i suoi sforzi per creare una *societas unius personae*¹³⁰, la cui area di interesse è già stata oggetto di due consultazioni¹³¹ e di una valutazione d'impatto¹³². Si continuano

comma 1 della Proposta s.p.e.); era inoltre consentita la costituzione *ex nihilo* (art. 5 comma 1, lett. a) e veniva concessa forte autonomia per la configurazione della gestione interna della società (art. 26, comma 2 della Proposta s.p.e.).

¹²⁷ Si fa riferimento alla possibilità di trasferire la sede legale senza procedere allo scioglimento ed ad una nuova costituzione, presente sia nella s.e. che nella prima proposta di s.p.e.

¹²⁸ Cfr. paragrafo 4.

¹²⁹ Proposta s.u.p. 8; i provvedimenti dedicati alle esigenze delle piccole e medie imprese sono incardinati sull'atto per le piccole imprese della Commissione: COMMISSIONE EUROPEA, *"Pensare innanzitutto in piccolo" (Think Small First). Uno "Small Business Act" per l'Europa*, Bruxelles, 30 settembre 2008, COM (2008) 394 ove ulteriori riferimenti. Si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Riesame dello "Small Business Act per l'Europa"*, Bruxelles, 23 febbraio 2011, COM(2011) 78, disponibile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu.

¹³⁰ Segnalo che al tema sono dedicati numerosi contributi nel secondo fascicolo di *European Company and Financial Law Review* dell'anno 2015, che contengono un commento particolarmente dettagliato alle norme della Proposta s.u.p. Per una prima bibliografia nazionale, in particolare, C. MALBERTI, *The Relationship Between the Societas Unius Personae Proposal and the Acquis: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?*, *ibidem*, 238, nt. 1.

¹³¹ I risultati della prima consultazione, risalente al 2012 ed avente carattere più generale, sono riassunti in COMMISSIONE EUROPEA, *Feedback statement. Summary of responses to the*

dunque ad investire risorse sul progetto di facilitazione dell'attività delle piccole e medie imprese.

Le differenze di questa proposta rispetto a quelle precedenti, sotto il profilo della funzione e della struttura, sembrano a prima vista rilevanti: pur conservando un nome latino, la s.u.p. ha perso la 'e', lasciando presagire che non si tratti di una forma societaria genuinamente europea, e che si ambisca qui direttamente all'armonizzazione anziché all'unificazione. Sorge tuttavia qualche sospetto in questo senso dalla lettura della relazione di accompagnamento alla Proposta s.u.p., nella quale si chiede «agli Stati membri di prevedere nei rispettivi sistemi giuridici nazionali una forma di società nazionale disciplinata da norme identiche in tutti gli Stati membri e contraddistinta dalla sigla comune»: dunque non una forma societaria europea, ma una forma societaria nazionale... con *norme identiche* in tutti gli Stati membri. Si potrebbe ipotizzare che tale nuova iniziativa abbia perso il nome e la forma dell'unificazione, rimanendone però ancora vivo lo scopo (dichiaratamente) perseguito ¹³³. Verifichiamo ora questo aspetto, menzionando le disposizioni più interessanti.

La parte della direttiva dedicata alla s.u.p.¹³⁴ prevede, come nella prima versione della Proposta s.p.e., il capitale minimo di 1 euro¹³⁵; diversamente da questa, tuttavia, impone agli Stati membri la possibilità

public consultation on the future of European company law, luglio 2012, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu, nella quale si legge che («some voices argued for the revision of the 12th Company Law Directive in order to introduce a simplified company charter to facilitate the organisation of groups (i.e. single member private limited-liability companies would be exempted from certain harmonised rules, not indispensable for a single member company)» (p. 9, e da qui l'idea della s.u.p.). Tale consultazione è stata seguita da una più specificamente dedicata alle società con un unico socio, denominata *Consultation on Single-member limited liability companies*, i risultati della quale sono pubblicati all'indirizzo www.ec.europa.eu.

¹³² COMMISSIONE EUROPEA, *Impact assessment accompanying the document: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies*, Bruxelles, 9 aprile 2014, disponibile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu.

¹³³ Nello stesso senso punta decisamente il Comitato Economico e Sociale, affermando che «lo scopo della Commissione, tramite la nuova proposta per una direttiva sulla società a responsabilità limitata con unico socio, è effettivamente quella di introdurre la s.p.e. tramite un percorso diverso»: COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, *Opinione sulla proposta di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla società a responsabilità limitata con un unico socio*, Bruxelles, 10 settembre 2014, 6, disponibile all'indirizzo www.consilium.europa.eu e noto come 'Röpke report'.

¹³⁴ Ve ne è una prima, infatti, che si applica a tutte le società unipersonali a responsabilità limitata: cfr. artt. 1-5.

¹³⁵ Art. 6, comma 1 della Proposta s.u.p.

di effettuare la registrazione della società per via telematica¹³⁶, di dissociare sede legale e sede reale¹³⁷ e di proteggere i creditori tramite un test di bilancio ed una dichiarazione di solvibilità¹³⁸. Lo statuto deve essere redatto seguendo un modello *standard*, che comprende determinati elementi minimi¹³⁹; quanto alla *governance*, certamente in questo caso i problemi sono ridotti, grazie alla presenza di un unico socio¹⁴⁰. Se è unico il socio, inoltre, è unica anche la quota emessa e non frazionabile, che tuttavia può essere oggetto di comproprietà, se è consentito dal diritto nazionale applicabile¹⁴¹ e, qualora si intenda emettere una pluralità di quote, sarà necessario trasformare la s.u.p. in un'altra forma societaria nazionale che consenta questa operazione¹⁴².

Oltre a queste principali regole comuni è previsto che la s.u.p. ed il suo atto costitutivo siano «disciplinati dal diritto nazionale dello Stato membro nel quale la SUP è registrata»¹⁴³: diversamente da altre FSE, tuttavia, il legislatore è stato parco nell'impiegare questo rinvio¹⁴⁴. Oltre ai casi già visti della comproprietà dell'unica quota, della trasformazione e del medesimo atto costitutivo (che deve rispettare il diritto nazionale sia nel caso di conversione in s.u.p.¹⁴⁵ che in caso di modifica¹⁴⁶), è sempre il diritto nazionale a determinare l'ammissibilità dell'amministratore persona giuridica¹⁴⁷, e gli «altri eventuali diritti o obblighi» dell'amministratore rimosso che siano previsti dal diritto nazionale applicabile rimangono impregiudicati¹⁴⁸; infine le istruzioni del socio non vincolano l'organo di gestione se sono contrarie al diritto applicabile¹⁴⁹.

Dai tratti esaminati emerge una forma societaria che, pur avvalendosi di una direttiva, vuole imporsi come una entità, per quanto

¹³⁶ Art. 14, comma 3 della Proposta s.u.p.

¹³⁷ Art. 10 della Proposta s.u.p.; questa proposta è stata poi modificata nel prosieguo delle negoziazioni (cfr. nt. 151).

¹³⁸ Art. 18, commi 2 e 3 della Proposta s.u.p.

¹³⁹ Art. 11, comma 1 della Proposta s.u.p.

¹⁴⁰ Capo 7 della Proposta s.u.p.

¹⁴¹ Art. 15, commi 1 e 3 della Proposta s.u.p.

¹⁴² Art. 25, comma 2 della Proposta s.u.p.

¹⁴³ Art. 7, comma 4 della Proposta s.u.p.

¹⁴⁴ Il rinvio espresso alla disciplina nazionale è usato solamente sette volte nel corso della Proposta s.u.p.

¹⁴⁵ Art. 10, comma 3, lett. b) della Proposta s.u.p.

¹⁴⁶ Art. 12, comma 1 della Proposta s.u.p.

¹⁴⁷ Art. 22, comma 4 della Proposta s.u.p.

¹⁴⁸ Art. 22, comma 5 della Proposta s.u.p.

¹⁴⁹ Art. 23, comma 2 della Proposta s.u.p.

radicata nelle legislazioni degli stati membri, dotata di un proprio carattere, e che cerca di ottenere gli effetti più simili possibili al defunto progetto s.p.e.; la proposta sembra inoltre più orientata a facilitare l'internazionalizzazione di attività esistenti che non l'attività di *start-up* in espansione, in ragione della necessaria unicità della quota e dei problemi che inevitabilmente crea la comproprietà della medesima.

Questa armonizzazione dei diritti nazionali, pur con tutti i problemi pratici che solleva¹⁵⁰, incontra resistenze da parte di paesi che temono che la s.u.p. possa essere usata per aggirare i requisiti di cogestione (come la Germania)¹⁵¹ e di gruppi di interesse che temono di perdere affari¹⁵². Queste pressioni hanno già portato, ad esempio, alla modifica della proposta nel senso della eliminazione dell'art. 10 della Proposta s.u.p., che consentiva di mantenere le sedi in Stati membri diversi¹⁵³.

È certamente presto per pronosticare le sorti di questa forma societaria 'armonizzata', ma l'approccio della Commissione è cambiato, e se non pare aver abbandonato l'ideale della creazione di un ventinovesimo ordinamento, sta certamente tentando nuove strade per raggiungere quest'obiettivo.

6. *Forme societarie prive di identità e di sistema.* – Dall'esame delle FSE si può concludere innanzitutto che i tentativi di creare forme societarie autonome dagli ordinamenti nazionali sono falliti. L'unificazione normativa presuppone la sostituzione delle norme di ciascun paese con regole comuni, pretende completezza su tutti gli aspetti del tipo e richiede, pertanto, uno sforzo superiore rispetto a quello di semplice armonizzazione: nessuna delle forme esaminate rispetta queste caratteristiche, e nessuna forma societaria, ad oggi, può dirsi 'genuinamente' europea¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Cfr. in particolare le osservazioni di K. HOPT, *Corporate Governance in Europe*, (nt. 15), 15 s.

¹⁵¹ Sul tema P.H. CONAC, *The Societas Unius Personae*, (nt. 110), 171 ss. (che considera il problema della distinzione tra sede legale e sede reale, oltre a sostenere che in realtà la proposta di direttiva sarebbe neutrale nei confronti della cogestione).

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ CONSIGLIO EUROPEO, *Outcome of Proceedings: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies - General approach*, Bruxelles, 29 maggio 2015, dal quale è stato espunto l'art. 10.

¹⁵⁴ Nel senso fatto proprio da HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, *Report*, (nt. 19) 117.

Nelle FSE venute ad esistenza, e riservate nei fatti allo svolgimento di attività di impresa di rilevanti dimensioni, si possono isolare ben tre fonti normative distinte: oltre alle norme unificate, sopravvivono le norme armonizzate dalle direttive *ad hoc* o da altre direttive e norme non armonizzate. Ciò comporta che, rimanendo applicabile il diritto nazionale, armonizzato o meno, le permanenti differenze fanno venire meno la possibilità di riscontrare un tipo sociale autonomo, dovendosi piuttosto parlare di diverse forme societarie a seconda dell'ordinamento di riferimento. Ciò è ancora più rilevante se si considera che le 'zone d'ombra' dell'unificazione coprono anche quelle dell'armonizzazione, perché dove il legislatore europeo non è arrivato con le direttive in materia societaria, difficilmente può arrivare imponendo l'unificazione delle FSE che hanno visto la luce. Ciò implica inoltre che il ravvicinamento delle normative in tema di *corporate governance* e di gruppi di società degli Stati membri non può, almeno per ora, avvenire tramite le FSE¹⁵⁵. Prova ne è che il tentativo più vicino all'introduzione di una forma societaria unificata, è stato prima stravolto e poi abbandonato.

Con il tempo la Commissione, seppure implicitamente, sembra avere preso atto delle difficoltà politiche che l'unificazione normativa comporta, e l'impressione è quella che abbia cercato di mascherare un'iniziativa ibrida simile a quella di precedenti FSE, proponendola sotto forma di direttiva, con lo scopo di farla percepire meno ostile agli Stati membri e facilitarne il procedimento d'adozione. Non è affatto scontato che questo modo d'agire condurrà l'adozione del provvedimento, perché i più recenti compromessi portano modifiche sostanziose al progetto iniziale.

Osservando le FSE come categoria, poi, possono considerarsi omogenee solamente quanto alle forme esistenti, mentre sono marcatamente disomogenee se si considerano tutte insieme. L'unica caratteristica comune a tutti i tipi, infatti, è l'anelito di transnazionalità, mentre differiscono sia per ambizione che per risultato ottenuto. Un dato significativo è tuttavia rappresentato dalla correlazione positiva tra eterointegrazione dello 'statuto' della FSE e la sua effettiva adozione: s.e. e s.c.e., che vi fanno massiccio ricorso, sono oggi diritto vigente; le altre, che almeno nei progetti originari erano più parche, (ancora) no; ciò indica

¹⁵⁵ Questi argomenti supportano dunque l'opinione che vede la possibilità di armonizzare il diritto societario europeo come fisiologicamente limitata: K. HOPT, *Corporate Governance in Europe*, (nt. 15), 22 e testo corrispondente a nt. 41.

nuovamente l'intensità delle forze che resistono all'unificazione normativa.

Oltre a non costituire una categoria omogenea, inoltre, è arduo ricostruire un sistema nel quale inserirle, perché non rispondono ad un progetto organico che abbia definito in anticipo obiettivi e caratteristiche di ciascuna di esse, evitando di misurare solamente la FSE proposta con le forze politiche in gioco, ma pesandole anche tra di loro: si ha così la sensazione che il legislatore europeo proceda per tentativi, e la mancanza di un coordinamento *ex ante* aumenta chiaramente il rischio di 'passi falsi'. Le FSE costituiscono dunque una parte del diritto societario europeo che, al suo interno, non è coesa, tanto da rappresentare più un'area problematica che un istituto giuridico vero e proprio¹⁵⁶.

Ciò non significa che queste forme non possano essere usate, ma che sono molto complesse e costose, risultato di un ibrido poco convincente. Per verificare gli effetti pratici di questa articolata struttura, e se sia valsa il grande sforzo profuso per costruirla, è sufficiente verificare la diffusione delle FSE venute ad esistenza.

7. *La diffusione delle FSE.* - «Un semplice, se vogliamo banale ma utilissimo, primo riscontro della funzionalità di un provvedimento ai bisogni delle imprese risiede nel grado di utilizzazione e di attenzione che questo genera»¹⁵⁷. È ora possibile ed opportuno considerare i dati sulla diffusione dei due tipi di FSE che hanno ad oggi trovato attuazione per vedere così se e quanto rispondano ai bisogni delle imprese.

La diffusione della s.e. è stata monitorata attentamente dalla Commissione dal suo recepimento, per la prima volta nel 2009 con lo studio di Ernst & Young¹⁵⁸, che segnalava la presenza di un totale di 369 s.e.¹⁵⁹, molte delle quali erano *shelf company*¹⁶⁰; la maggiore densità di s.e. si riscontrava nei paesi che già prevedevano il sistema dualistico e meccanismi di partecipazione dei lavoratori, come la Germania, o in

¹⁵⁶ L'alternativa, che qui è calzante, è proposta da M. STELLA RICHTER, JR., "Trasferimento del controllo" e rapporti tra soci, Milano, Giuffrè, 1996, 4.

¹⁵⁷ F. VELLA, *Le reti per crescere e la quadratura del cerchio*, postfazione a *Il contratto di rete per la crescita della imprese*, a cura di F. Cafaggi, P. Iamiceli e G. Mosco, Milano, Giuffrè, 2012, 473.

¹⁵⁸ ERNST & YOUNG, *Study*, (nt. 88).

¹⁵⁹ Ivi, 11.

¹⁶⁰ Nonostante non fosse possibile, ai sensi dell'art. 12, comma 2 del Regolamento s.e., costituire una s.e. senza avere portato a termine la procedura relativa al coinvolgimento dei lavoratori della quale alla Direttiva s.e.

Repubblica Ceca¹⁶¹. La relazione della Commissione che ha fatto seguito al *report*¹⁶² indica che nel giugno 2010 le s.e. registrate erano salite a 595, ottenendo dati di distribuzione coerenti con quelli del precedente *report*¹⁶³, e segnala gli ingenti costi di costituzione, le «procedure lunghe e complesse», le incertezze giuridiche e la carenza di pregresse esperienze pratiche¹⁶⁴ come i maggiori ostacoli nella diffusione delle s.e. (si parla di 784.000 euro di costi di costituzione, in media), rimandando alla valutazione d'impatto alla stregua dei principi della c.d. *better regulation*.

Nonostante i termini blandi di quest'ultimo documento, il seguente *report* del gruppo di riflessione sul futuro del diritto societario europeo è netto nell'affermare che «non è stato un successo»¹⁶⁵ e che dovrebbe essere riformato nel senso – usando la terminologia qui adottata – della massima unificazione possibile¹⁶⁶. Si passa dunque allo studio congiunto sull'applicazione del Regolamento s.c.e. del 2010, che identifica solamente 17 s.c.e. costituite¹⁶⁷, e 5 di esse in Italia¹⁶⁸.

Il Piano d'azione del 2012 conta poi 1426 s.e., sottolineando come «l'interesse per questa forma giuridica continu[i] a crescere»¹⁶⁹, e ribadendone succintamente pregi e difetti afferma di avere intenzione di lanciare una «campagna d'informazione volta ad accrescere la conoscenza dello statuto»¹⁷⁰, implicitamente riconoscendo la scarsità del risultato, specie se si considera che registrare una s.e. non significa svolgere tramite di essa alcuna attività¹⁷¹. Risulta chiaro, alla luce dell'analisi effettuata, che

¹⁶¹ ERNST & YOUNG, *Study*, (nt. 88), 12.

¹⁶² COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sull'applicazione del Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società Europea (SE)*, Bruxelles, 17 novembre 2010, COM(2010) 676, disponibile all'indirizzo www.ec.europa.eu.

¹⁶³ *Ibidem*, 3.

¹⁶⁴ *Ibidem*, 4.

¹⁶⁵ REFLECTION GROUP, *Report*, (nt. 18), 29.

¹⁶⁶ *Ivi*, 30.

¹⁶⁷ COOPERATIVES EUROPE-EURICSE-EKAI CENTER, *Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*, 5 ottobre 2010, 28, disponibile sul sito ww.euricse.eu.

¹⁶⁸ *Ivi*, 136, che giustifica il dato sulla base di fattori non giuridici come lo sviluppo della cultura cooperativa nel nostro paese (*ivi*, 37).

¹⁶⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione*, (nt. 9), 15.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Similmente inducono a concludere i risultati di altri studi condotti sul tema: M. STOLLT-M. KELEMEN, *A big hit or a big flop? A decade of facts and figures on the European Company (SE)*, in *A decade of experience with the European Company*, a cura di J. Cremers, M. Stollt e S. Vitols, Bruxelles, Etui, 2013, 25 ss. (che pur riconoscendo le potenzialità del

difficilmente misure aventi semplicemente natura pubblicitaria potrebbero risolvere i problemi della mancata unificazione normativa¹⁷². Ma la Commissione ha scartato esplicitamente la possibilità di migliorare il Regolamento s.e. a causa delle «difficoltà legate alla riapertura delle discussioni»¹⁷³. Il medesimo documento indica infine che i dati della s.c.e. sono assolutamente deludenti: solo 25 costituite nel 2012¹⁷⁴, che diventano 27 nel 2014¹⁷⁵.

Nel momento in cui scrivo le s.e. sono 2481 ed hanno per la maggioranza sede in Repubblica Ceca¹⁷⁶. Il dato più interessante, tuttavia, è quello delle s.e. italiane: sono solo due.

La prima ad essere stata costituita è la Galleria di Base del Brennero – Brenner Basistunnel BBT s.e., formatasi per fusione nel 2004, che si occupa appunto dei lavori di scavo della galleria che collegherà Innsbruck a Fortezza; l'altra è la Trevi Holding s.e., formatasi per trasformazione nel 2011, e detentrica del 32,73% delle azioni di Trevi Finanziaria Industriale s.p.a., quotata in borsa. Come si vede, il numero delle italiane sul totale è irrisorio, ed entrambe le società in questione hanno alle spalle una solida realtà industriale, capaci pertanto di sostenere gli elevati costi di costituzione di questa FSE.

Se si deve dunque valutare l'impatto del diritto europeo sul nostro paese, questo è veramente scarso, e conferma le perplessità che si sono sollevate in precedenza: la s.c.e. costituisce una creatura di nicchia, complessa e poco versatile, mentre alla s.e., che può essere appetibile per

modello s.e. nell'ottica dell'espansione della partecipazione dei lavoratori alla *corporate governance*, non ne negano lo scarso successo).

¹⁷² Cfr. nt. 9 e 204.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Il dato, aggiornato all'11 dicembre 2014, disponibile all'indirizzo www.libertas-institut.com, non è molto incoraggiante anche per l'Italia: solo quattro s.c.e. hanno la sede legale nel nostro paese.

¹⁷⁶ Con ciò non s'intende ovviamente negare rilevanza alle singole realtà imprenditoriali che hanno optato per la forma s.e. (basti per tutte ricordare il caso di Allianz s.e.); si vuole piuttosto enfatizzare il dato della frequenza del ricorso a questa forma, che è un indice affidabile del successo del complesso delle norme che la regolano. Per un'idea della complessità del processo necessario per la costituzione di una s.e. anche nei casi di successo si veda H. BIEHLER-E. AHN, *The process of creation of Allianz SE from the point of view of the employees. Distance survey*, Monaco, maggio 2007, disponibile all'indirizzo www.ine.otoe.gr.

qualche società con grandi capitali che abbia forti interessi transfrontalieri, rimane sempre preferita la s.p.a.¹⁷⁷.

8. *Le ragioni del fallimento.* – Preso atto che le FSE che sono venute alla luce sinora si sono rivelate un insuccesso, è ora possibile effettuare qualche considerazione più sistematica sulle sue possibili cause. Si può usare uno schema classico che è stato impiegato per valutare i problemi legati alla produzione ed all’attuazione delle norme¹⁷⁸ e che beneficia degli apporti della teoria delle scelte pubbliche¹⁷⁹. Le problematiche riscontrate potrebbero essere diverse, e bisogna chiedersi quali di queste ricorra nel caso delle FSE.

Innanzitutto il ruolo dei gruppi di interesse: si è visto che gli Stati membri, nel corso delle discussioni sulle FSE, hanno provocato la deriva dall’unificazione normativa a causa del timore di vedersi imporre un modello alieno più liberale o più restrittivo che avrebbe potuto, in un senso o nell’altro, interferire con regole ben radicate nel diritto societario interno¹⁸⁰. Questi paesi si batteranno dunque perché queste regole non vengano approvate, o daranno il loro *placet* solo qualora ricalchino quelle nazionali¹⁸¹, innescando una sorta di ‘protezionismo’ normativo¹⁸². Non va infine dimenticata la categoria dei «burocrati [che], preoccupati principalmente ad aumentare il loro potere ed il loro prestigio tenderanno ad esercitare il c.d. *empire building*, provocando un’espansione della

¹⁷⁷ Fattori mitiganti questo insuccesso potrebbero essere costituiti dal periodo di ‘avviamento’ che una nuova forma societaria può richiedere per divenire familiare agli operatori del mercato, ma dopo più di dieci anni dall’approvazione della normativa questo fattore da solo non è sufficiente per giustificare l’insuccesso.

¹⁷⁸ B. CHEFFINS, *Company Law. Theory, Structure and Operation*, Oxford, Clarendon, 1997, 278 ss.

¹⁷⁹ Sul tema, in generale, A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon, 1994, 58 ss., D. FARBER-P. FRICKEY, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, University of Chicago Press, 1991 e J. MACEY, *Public Choice: The Theory of the Firm and The Theory of the Market Exchange*, Cornell Law Review, 1988, 43 ss.

¹⁸⁰ Cfr., ad esempio, nt. 51 e testo corrispondente.

¹⁸¹ Non è un mistero che il modello dualistico della s.e. è fortemente improntato a quello tedesco, così come la s.p.e. recava tracce della GmbH.

¹⁸² Sul ruolo del protezionismo economico nel diritto societario si vedano AA. VV. *Company Law and Economic Protectionism. New Challenges to European Integration*, a cura di U. Bernitz e W. Ringe, Oxford, Oxford University Press, 2010, ed in particolare il saggio di C. WATMOUTH, *ibidem*, 32 ss. (che svaluta l’utilità del concetto di protezionismo dal punto di vista del diritto societario, e propone di sostituirlo con canoni alternativi).

regolamentazione oltre la sua dimensione ottimale, così da pregiudicarne il funzionamento»¹⁸³.

Per la s.e. e la s.c.e. sono invece da escludere le problematiche relative alla tempistica di approvazione delle norme, che spesso possono interferire sulla qualità del dettato di una norma: qui non c'è stata una discussione affrettata; al contrario le negoziazioni si sono protratte per decenni, sono state interrotte e poi sono riprese. Parzialmente diverso forse è il discorso per le altre due forme societarie, che hanno visto la loro discussione – nel caso della s.p.e. – o addirittura la nascita del progetto – nel caso della s.u.p. – in un periodo di forte crisi economica, nel quale il legislatore europeo si è dimostrato ansioso di sollecitare la ripresa, e restio all'attesa. Probabilmente, tuttavia, questo aspetto ha influenzato la Commissione ed il Consiglio soprattutto nel corso delle negoziazioni, specie se si considera che la s.u.p. è nata al di fuori delle istituzioni.

Vi è poi il tema degli incentivi non appropriati: «idealmente chi scrive le norme ed è responsabile del diritto societario avrà qualche sorta di visione di lungo periodo riguardo l'interazione tra il diritto e l'attività sociale. Ciò avviene perché se coloro che sono incaricati di prendere le decisioni hanno un'idea chiara di cosa intendono ottenere, saranno in una posizione migliore per sviluppare un sistema di regole che è internamente coerente, facile per tutti da capire ed adeguato per ottenere gli obiettivi di *policy* prefissati»¹⁸⁴. C'è da dire che la Commissione ha fatto preparare numerosi studi, lo si è visto, per valutare *ex ante* ed *ex post* il possibile e reale impatto della normativa¹⁸⁵; ciononostante il sistema delle FSE non è, al suo interno, coerente, è significativamente complesso e, se l'obiettivo di *policy* era l'unificazione, non lo ha raggiunto.

Questo dovrebbe valere anche per affrancarla da un'ulteriore responsabilità, quella della scarsa conoscenza del mercato. Al contrario la Commissione potrebbe avere esagerato con l'ascolto delle voci espresse nelle consultazioni, nel senso che potrebbe avere preso (quantomeno per s.p.e. e s.u.p.) eccessivamente alla lettera le richieste degli operatori: questi, se interrogati sul regime che vorrebbero fosse applicato alla loro piccola impresa, ne sceglierebbero probabilmente uno a costituzione immediata, gratuita, che può circolare senza restrizione alcuna e magari

¹⁸³ B. CHEFFINS, *Company Law*, (nt. 178), 21 s., citando W. NISKANEN, *Bureaucracy: Servant or Master? Lessons from America*, Londra, IEA, 1973.

¹⁸⁴ B. CHEFFINS, *Company Law*, (nt. 178), 187 s.

¹⁸⁵ Si vedano ad esempio i documenti citati al paragrafo 7.

anche fiscalmente... neutro. In altre parole¹⁸⁶, farebbero prevalere nettamente la libertà di circolazione sulla tutela delle molteplici istanze delle quali il diritto societario tipicamente si fa carico. Più distacco dalle opinioni del mercato e, come in generale auspicato da alcuni, un più intenso studio del diritto comparato¹⁸⁷ potrebbero dunque aiutare a migliorare la qualità delle proposte relative alle FSE.

Veniamo ora al tema dell'*enforcement*, il quale, a regime, potrebbe costituire uno dei problemi più gravi delle FSE. Abbiamo infatti visto che le FSE non costituiscono un tipo autonomo, né un sottosistema organico nella macro-area del diritto societario europeo. Tuttavia, se pure si riuscisse ad ottenere la unificazione normativa della forma societaria, vi sarebbe il problema della consistenza del c.d. ventinovesimo ordinamento, che sarebbe un ordinamento senza né giudici né diritto tributario, fallimentare e del lavoro uniforme. Il rischio, in altre parole, è che le FSE, anche idealmente frutto di unificazione normativa tecnicamente impeccabile, si ritrovino prive dell'*habitat* normativo che sarebbe essenziale per il loro buon funzionamento¹⁸⁸, destinate così ad un limbo di inutilizzo forse non molto diverso da quello dove si trovano oggi.

L'ultima tematica da affrontare è quella dei costi della regolamentazione. In altre parole le numerose attività svolte in relazione alla preparazione, alla discussione, all'approvazione, all'attuazione ed all'uso delle FSE hanno dei costi, che si possono quantificare. Nel corso dell'indagine si è frequentemente posto l'accento sulla grande quantità di lavori svolti per studiare le FSE, e non sembra che il legislatore europeo abbia tenuto adeguatamente conto di questi costi. Un settore sicuramente l'ha avuto con il fallimento della s.p.e., tant'è che la s.u.p. può essere anche vista come un modo per salvare *in extremis* quanto ne è rimasto¹⁸⁹. Per averne un'idea di massima, innanzitutto bisogna fare riferimento ai costi sommersi sopportati dal legislatore, che come tali non sono recuperabili, così come non è recuperabile il costo-opportunità legato all'aver impiegato tempo e risorse a discutere queste FSE quando lo si sarebbe potuto impiegare in altri progetti più vantaggiosi.

¹⁸⁶ Seguendo quanto osservato nel paragrafo 4.

¹⁸⁷ Cfr. nt. 22 e 23.

¹⁸⁸ Questa prospettiva mi sembra trasparire anche da REFLECTION GROUP, *Report*, (nt. 18), 29, quando afferma che «il diritto societario può funzionare bene solamente come parte di una giurisdizione nazionale che lo completa».

¹⁸⁹ E si veda l'opinione del CES citata a nt. 133.

Vi sono poi i costi sopportati dagli operatori, che sono variabili, e sono riconducibili al cambiamento di forma organizzativa¹⁹⁰ ed all'averne a che fare con una normativa farraginoso e complessa, che aumenta considerevolmente le spese legali così come anche i tempi di svolgimento dell'attività (quantomeno al suo inizio); vi sono poi i costi connessi alla mancanza di una reputazione consolidata propria della FSE, e potranno consistere ad esempio in una maggiore difficoltà incontrata nelle relazioni d'affari a causa dell'adozione della FSE¹⁹¹.

Alla luce dei costi certi ed incerti esemplificati, i già flebili benefici apportati dalle FSE al sistema del diritto societario europeo vengono ulteriormente ridimensionati, ed è un peccato realizzare ora, essendo già a metà del guado, che tornare indietro del tutto non sia possibile¹⁹².

9. *L'adattamento normativo nelle 'società private' e la concorrenza tra ordinamenti.* – Per avere una visuale completa del tema è infine utile allargare la prospettiva, uscendo dal binomio armonizzazione-unificazione del quale si è sino a qui discusso, e ricollegandosi al discorso sull'adeguamento spontaneo del quale si è accennato al paragrafo 2. Dal punto di vista della relazione tra ordinamenti, all'aspetto 'interno' dell'adattamento normativo corrisponde quello 'esterno' della concorrenza regolamentare¹⁹³; questo significa che gli Stati membri

¹⁹⁰ Sono i c.d. *switching cost*, e sono correlati all'unificazione normativa: E. CARBONARA-F. PARISI, *The paradox of legal harmonization*, (nt. 26), 372.

¹⁹¹ La diffidenza nei confronti di un modello non frequente nella prassi commerciale internazionale potrebbe annullare il supposto beneficio di una denominazione sociale neutra rispetto al paese di appartenenza, che pure è stata in più occasioni indicata come uno dei principali vantaggi di alcune FSE: ad esempio COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sull'applicazione del Regolamento s.e.*, (nt. 162), 3.

¹⁹² Sulla difficoltà di 'tornare indietro', sempre con riferimento all'operato del legislatore europeo, L. ENRIQUES, *Company Law Harmonization*, (nt. 15), 27, nt. 118.

¹⁹³ Per un quadro sulla concorrenza regolamentare si veda H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms*, (nt. 16), 1700 ss. Inoltre M. ROE, *Delaware's Politics*, in *Harvard Law Review*, 2005, 2491 ed i riferimenti citati a nt. 35 e 36. Con particolare riferimento al possibile avvento di un Delaware europeo (tema che ha molto interessato gli studiosi dalla fine degli anni novanta), in senso critico si legga M. GELTER, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, 247 ss., ed altresì scettico A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"*, in *Riv. soc.*, 2001, 1302 ss. Avanza forti perplessità sugli effetti della concorrenza regolamentare c.d. difensiva, quantomeno relativamente alle piccole società che intendono operare in Germania, W.G. RINGE, *Corporate Mobility*, nt. 197 (che ridimensiona gli effetti della riforma della GmbH; parlano invece di «esperimento coraggioso» invece U. NOACK-M. BEURSKENS, *Of Tradition and Change – The Modernization of the German GmbH in the Face of European Competition*, in

possono modificare il proprio diritto societario nazionale in funzione delle preferenze degli operatori del mercato, ed in base alle scelte operate dagli altri paesi.

Per rendere operante questo meccanismo, tuttavia, deve sussistere la possibilità, da parte di detti operatori, di scegliere con una certa autonomia il diritto applicabile (c.d. arbitraggio normativo): e qui entra in gioco la giurisprudenza della Corte di giustizia, che dal 1999 sostanzialmente consente agli imprenditori europei di costituire una *letterbox company* nello Stato membro la legislazione del quale si preferisce, per poi farla operare nel paese di interesse, che può essere diverso da quello di costituzione¹⁹⁴.

Lo scenario ora delineato non è particolarmente utile per la riflessione sulle FSE come la s.e. e la s.c.e., perché le società di grandi dimensioni che non vogliono adottare i modelli europei si trovano a dovere scegliere regimi nazionali con un livello di convergenza che come si è detto non è totale, ma è significativo¹⁹⁵, che conosce 'zone d'ombra' importanti ma non tanto estese da giustificare fenomeni di massa: lo spazio per l'arbitraggio normativo è qui dunque alquanto limitato.

Altra situazione è quella degli imprenditori che hanno interesse ad avvalersi di società pensate per attività di dimensioni più ridotte¹⁹⁶, e che, qualora fosse approvata, potrebbero considerare di estendere il proprio giro d'affari oltre confine tramite una s.u.p. Poniamo che questi abbiano un interesse ad avere bassi costi iniziali (i.e. capitale sociale minimo ridotto) e d'esercizio, richiedendo una struttura snella che possa essere modificata a loro piacimento e senza eccessivi formalismi. Guardando agli ordinamenti nazionali dell'Europa di oggi si nota che da tempo oramai gli

Private Company Law Reform. International and European Perspectives, a cura di J. McCahery, L. Timmerman e E. Vermeulen, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 157 ss.).

¹⁹⁴ Cfr. nt. 11, ove riferimenti giurisprudenziali e dottrinali. Si veda tuttavia, in particolare, F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁹⁵ Sull'armonizzazione del diritto societario si veda il paragrafo 2.

¹⁹⁶ A questo proposito si vedano le riflessioni sulle diverse tipologie di concorrenza regolamentare formulate in M. VENTORUZZO, "Cost-based" and "Rules-based" Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U., in *NYU Journal of Law and Business*, 2006, 91 ss. In particolare, alle pp. 102 ss., si sottolinea come la concorrenza tra ordinamenti valga, nel contesto mercato europeo, soprattutto per società piccole di nuova formazione, che intendono abbattere i costi di costituzione. Questo fenomeno è definito appunto «concorrenza basata sui costi», per contrapporlo alla migrazione 'matura' che contraddistingue il mercato delle incorporazioni negli Stati Uniti, e che è più attenta alle regole di *corporate governance*. Altri argomenti sulla rilevanza della mobilità delle piccole società in Europa si trovano nel prosieguo del testo.

Stati membri hanno iniziato ad adeguare, in autonomia, le loro legislazioni nazionali a questo genere di esigenze. Troveremo forme simili in diversi paesi, ed esse, pur non essendo strutturalmente identiche, condividono la funzione di agevolare gli affari per le piccole e medie imprese¹⁹⁷.

La concorrenza tra 'pari' della quale si discute qui, esiste e sembra ravvicinare effettivamente i modelli di s.r.l.: tuttavia lo sprone per questa competizione non è stata la concorrenza 'verticale' di una FSE, ma piuttosto la serie di decisioni della Corte di Giustizia in tema di libertà di stabilimento¹⁹⁸. In altre parole, gli Stati membri hanno reagito a queste competendo tra loro, ed a quella - anziché cambiando le proprie leggi - più semplicemente opponendosi alla sua approvazione ed, ultimamente, impedendola.

Da quanto osservato qui ed al paragrafo precedente, dunque si ricava che un ventinovesimo ordinamento non può costituire una realtà giuridica efficace per gli scopi che si prefigge: ciò avviene sia perché manca dei suoi elementi costitutivi, tra i quali soggetti di diritto 'genuinamente' europei e un sistema di *enforcement* proprio, sia perché, trattandosi di misure di ravvicinamento legislativo cooperativo, gli stati difficilmente tollereranno una concorrenza verticale. La questione è relativa alla volontà politica¹⁹⁹ che, a sua volta, richiama quella della

¹⁹⁷ La dottrina è vastissima. In particolare si leggano W.G. RINGE, *Corporate Mobility in the European Union - A Flash in the Pan? An Empirical Study on the Success of Lawmaking and Regulatory Competition*, in *European Company and Financial Law Review*, 2013, 230 ss. ed A. BARTOLACELLI, *Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 519 ss.

¹⁹⁸ In tema di libertà di stabilimento si rimanda ai riferimenti a nt. 11.

¹⁹⁹ In generale si veda M. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance. Political Context, Corporate Impact*, Oxford, Oxford University Press, 2003 (che considera come, anche per spiegare le differenze nei diversi regimi di *corporate governance*, le regole giuridiche, pur rilevanti, debbano essere considerate anche l'espressione di specifiche preferenze politiche). Qui si può dunque tracciare un importante parallelismo con quanto la sociologia politica osserva sulla problematica relazione tra società e sovranità nell'Europa di oggi. Se la nozione di società storicamente tendeva a coincidere con quella di Stato, si può pronosticare che per la creazione di una società realmente europea sarà necessario un «governo europeo che si colloch[i] al di sopra degli Stati nazionali [e che deve] essere dotato di grandi poteri» (C. OFFE, *Esiste una società europea?*, in AA. VV., *Sfera pubblica e costituzione europea*, Roma, Carocci, 2002, 117). Ciò sarebbe necessario in particolar modo in un momento storico, quale il presente, ove si riscontra un forte distacco tra legittimazione democratica - rimasta molto alta al livello degli Stati membri - e potere politico - significativamente trasferito alle istituzioni europee - che rende molto complessa, e dunque scoraggia, l'adozione di politiche comuni dai contenuti decisi (si pensi al tema dell'immigrazione, che ha caratterizzato il nostro dibattito di politica estera

sovranità²⁰⁰, senza la pienezza della quale la costituzione di un ordinamento completo riesce difficile. È evidente che nuove forme societarie per le PMI vengono create dagli ordinamenti nazionali, e le loro caratteristiche vanno assomigliandosi: la produzione normativa autonoma e decentrata sembra dunque avere la meglio, ed il rischio che l'imposizione di FSE si traduca in una inutile duplicazione, essendo simili le esigenze di fondo, è elevato.

10. *Quale ruolo e quale futuro per le FSE?* – Le forme societarie europee formano parte del diritto societario europeo positivo, ma non costituiscono esempi di unificazione normativa, né possono realizzare efficacemente il compromesso necessario tra libera circolazione e protezione degli interessi coinvolti. Come conseguenza di ciò non possono fornire un'alternativa allettante per le imprese, né stanno avendo il successo sperato; si stanno rivelando uno spreco di risorse che avrebbero potuto essere impiegate altrimenti. Le cause dell'insuccesso dell'unificazione sono molteplici, e comprendono, oltre alla pressione politica esercitata dagli Stati membri, l'azione contrastante di altri gruppi d'interesse, un'eccessiva (ed a tratti frenetica) attenzione del legislatore europeo alle esigenze del mercato a scapito degli aspetti più prettamente giuridici di alcune proposte. I costi della regolamentazione, infine, sono troppo elevati sia per il legislatore che per gli operatori: di conseguenza

negli anni 2015 e 2016): per uno sguardo critico sul problema A. SANTINI, *L'assetto istituzionale dell'Unione Europea: verso una maggiore efficienza e legittimità democratica?*, in *L'Unione Europea in cerca di identità: problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, a cura di U. Draetta e A. Santini, Milano, Giuffrè, 2008, 57 ss. (sottolineando le persistenti carenze di efficacia e democraticità della struttura istituzionale dell'Unione dopo il trattato di Lisbona, ed auspicando una svolta federale). Si vedano inoltre ora A. CAVALLI-A. MARTINELLI, *La società europea*, Bologna, Il Mulino, 2015 (che a p. 315 invitano a non «sprecare» l'occasione fornita dalla crisi che stiamo vivendo per avanzare verso una maggiore integrazione politica, tramite l'uso combinato del metodo intergovernativo e dell'attività delle istituzioni sovranazionali). Il fallimento del progetto di Costituzione europea costituisce un'ulteriore espressione delle differenze che danno origine a questo problema politico: in tema F. SUCAMELI, *L'Europa e il dilemma della costituzione. Norme, strategie e crisi del processo di integrazione*, Milano, Giuffrè, 2007, 232 ss. Dal punto di vista del diritto societario, pertanto, l'odierna impossibilità dell'unificazione (con il conseguente fallimento delle FSE) e perfino dell'armonizzazione di certi temi (tra i quali appunto la *governance* societaria), non è che un semplice riflesso della mancanza di una vera *governance* politica comune. È ragionevole prevedere che, fintanto che persisterà questa discrasia tra potere politico e legittimazione democratica, non si potranno – e non si dovrà più tentare di – percorrere la strada dell'adattamento cooperativo, nemmeno nel settore del governo societario.

²⁰⁰ Nt. 23.

non è qui certo «meglio una legge imperfetta di niente»²⁰¹, perché «l'eccesso di ambizione nell'integrazione [...] crea il rischio di disintegrazione»²⁰².

Per quanto riguarda i modelli pensati per le *public company*, l'unificazione normativa – così come l'armonizzazione per direttive – si scontra con difficoltà finora insormontabili nel riconciliare le differenze che ancora sussistono tra gli ordinamenti nazionali, soprattutto nel modo di intendere la *corporate governance* ed il diritto dei gruppi di società. L'inesistenza di tipi sociali veramente europei causa il fallimento dell'iniziativa, e suggerisce di posticipare anche le relative iniziative di armonizzazione, caratterizzate da limiti simili.

Con riferimento invece ai modelli di forme societarie europee non attivi, dedicati alle piccole e medie imprese, l'esperienza del fallimento della s.p.e. e dell'acceso dibattito sulla s.u.p. dovrebbe portare a spostare l'attenzione sulla competizione tra ordinamenti; questa, quantomeno con riferimento alle società a responsabilità limitata a ridotto capitale minimo, costituisce oggi in Europa un fenomeno tangibile. Basandosi su di un processo di adattamento normativo non cooperativo, per gli Stati membri è possibile scavalcare le problematiche dovute al timore della competizione di un modello sovranazionale della cui adozione sono corresponsabili (e che quindi osteggeranno) per concentrarsi sul miglioramento del diritto nazionale, basato sullo studio del diritto comparato.

Così ricostruita la situazione e fornite le opportune indicazioni di sistema, dell'impianto normativo delle FSE resta poco di valido: cosa farne? L'atteggiamento migliore in questo momento potrebbe proprio essere quello dell'astensione dall'attività normativa, togliendo innanzitutto priorità alle FSE nel lavoro della Commissione e concentrandosi piuttosto sulla riflessione sulla coerenza del sistema e sui meccanismi che presiedono alla formazione delle regole europee. Bisogna

²⁰¹ Che questo atteggiamento vada adottato con prudenza lo segnalava già, con riferimento alla vecchia legge sull'o.p.a. P. MONTALENTI, *La legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 831 s., citando, a nt. 2, la dichiarazione dell'On. Mario Usellini, riportata dal Corriere della Sera del 22 aprile 1992; si veda inoltre quanto già osservato a nt. 13 ed al testo corrispondente.

²⁰² Sono le parole di Niall Ferguson al Corriere della Sera, nell'intervista del 17 novembre 2015 condotta da Federico Fubini e disponibile all'indirizzo www.corriere.it, con riferimento alla crisi dei migranti. Si tratta del banco di prova che ha già consentito di verificare l'importante parallelismo tra problematiche di *governance* politica e di *governance* societaria, del quale si è detto a nt. 199.

concludere che così come sono scoraggianti le prospettive di un'effettiva unione della *governance* politica europea²⁰³, così anche lo sono quelle dell'armonizzazione (per non parlare dell'unificazione) della *governance* societaria; vero è inoltre che la prima difficoltà costituisca una causa primaria della seconda.

Si potrebbe migliorare il regime esistente, pur comprendendo bene le difficoltà insite nella riapertura delle negoziazioni sulla s.e.; sicuramente la pubblicità, da sola, è ben poca cosa per risollevarne le deludenti sorti²⁰⁴. È comunque vero che i costi nei quali già si è incorsi finora rischiano di perpetuarsi, e sarebbe opportuno attendere il progresso, se vi sarà, dell'unificazione politica europea, che consenta di prendere nuovamente in considerazione la strada dell'unificazione normativa.

Riconosciuta l'impraticabilità dell'abrogazione delle regole oggi in vigore, qualunque decisione sul da farsi, ora, deve ora basarsi sulla riduzione del danno prodotto da un sogno «collassato sotto il peso delle sue insostenibili ambizioni»²⁰⁵.

²⁰³ Si vedano le riflessioni formulate a nt. 199, nonché in particolare C. OFFE, nt. 199, 99.

²⁰⁴ Il sito dedicato alla promozione della s.e. risulta alquanto povero contenuti (si veda http://ec.europa.eu/internal_market/company/societas-europaea/index_en.htm): è difficile che, così strutturato, esso potrà svolgere un ruolo significativo nell'attrazione di ulteriori imprenditori, ed a questo riguardo si vedano le osservazioni formulate a nt. 9. Ma la struttura ed i contenuti non sono l'unico problema. La s.e. è una forma societaria opzionale, e nessuno è costretto ad usarla: gli sforzi della Commissione per promuoverla hanno un senso solamente se si ritiene che vi sia chi avrebbe avuto interesse ad usarla e non l'ha fatto, e non l'abbia fatto per ignoranza. Questo è alquanto improbabile, considerando che le imprese nella posizione di sostenere gli ingenti costi di costituzione e mantenimento che si sono discussi sono anche dotate di consulenti giuridici, e che questi ultimi, a loro volta, difficilmente avranno bisogno di un sito internet per venire a conoscenza della possibilità di costituire una s.e.

²⁰⁵ Parafrasando P. DAVIES, *The European Private Company (SPE)*, (nt. 106), 31, seppure allora in senso speculativo.