

COMMENTARIO AL REGOLAMENTO 2157/2001/CE

**Regolamento 2157/2001/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001
relativo allo statuto della Società europea (SE)**

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'articolo 308,

vista la proposta della Commissione (1),

visto il parere del Parlamento europeo (2),

visto il parere del Comitato economico e sociale (3)

considerando quanto segue:

(1) Il completamento del mercato interno ed il miglioramento della situazione economica e sociale in tutta la Comunità che esso promuove presuppongono, oltre all'eliminazione degli ostacoli agli scambi, una ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a disposizioni applicabili alle società europee ai sensi del quelle della Comunità. A questo scopo è indispensabile che le imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali possano progettare e attuare la riorganizzazione delle loro attività su scala comunitaria

(2) Una tale riorganizzazione presuppone la facoltà di mettere in comune, mediante operazioni di fusione, il potenziale delle imprese esistenti di Stati membri differenti. Siffatte operazioni debbono tuttavia avvenire nel rispetto delle regole di concorrenza del trattato.

(3) La realizzazione delle operazioni di ristrutturazione e cooperazione che coinvolgono imprese di Stati membri differenti incontra difficoltà di natura giuridica, fiscale e psicologica. Le misure di avvicinamento del diritto delle società degli Stati membri mediante direttive permettono di ovviare ad alcune di queste difficoltà. Tuttavia tali misure non dispensano le imprese soggette a legislazioni differenti dal dover scegliere una forma di società disciplinata da una determinata legislazione nazionale.

(4) Il contesto giuridico entro il quale le imprese debbono operare nella Co-

munità 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. Questa situazione è tale da ostacolare notevolmente le operazioni di raggruppamento tra società di Stati membri differenti.

(5) Gli Stati membri sono tenuti a fare in modo che le disposizioni applicabili alle società europee ai sensi del presente regolamento non comportino né discriminazioni della società europea rispetto alle società per azioni, a motivo di una differenza di trattamento ingiustificata, né restrizioni eccessive alla costituzione di una società europea o al trasferimento della sua sede sociale.

(6) Occorre far corrispondere il più possibile l'unità economica e l'unità giuridica dell'impresa nella Comunità. A questo fine occorre prevedere la costituzione, accanto a società di diritto nazionale, di società la cui costituzione e funzionamento siano disciplinati da un regolamento di diritto comunitario direttamente applicabile in tutti gli Stati membri.

(7) Le disposizioni di un siffatto regolamento permetteranno la costituzione e la gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione.

(8) Lo statuto della società per azioni europea (in seguito denominata «SE») è compreso fra gli atti che il Consiglio doveva adottare entro il 1992, elencati nel Libro bianco della Commissione relativo al completamento del mercato interno approvato dal Consiglio europeo di Milano nel giugno 1985. Nella riunione di Bruxelles del 1987 il Consiglio europeo ha espresso l'auspicio di una tempestiva creazione di tale statuto.

(9) Da quando la Commissione ha presentato, nel 1970, la proposta di regolamento relativo allo statuto della società europea, modificata nel 1975, i lavori di ravvicinamento del diritto nazionale delle società hanno fatto notevoli progressi, cosicché nei settori in cui il funzionamento della SE 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.

(10) Al fine di conseguire l'obiettivo essenziale di un regime giuridico per le SE, fatte salve le esigenze economiche che potrebbero manifestarsi in futuro, è necessario che una SE possa essere costituita sia per permettere a società di Stati membri differenti di procedere ad una fusione o di costituire una società holding, sia per dare alle società ed altre persone giuridiche esercitanti un'attività economica, soggette alla legislazione di Stati membri differenti, la possibilità di creare affiliate comuni.

(11) In tale contesto è opportuno consentire a una società per azioni di trasformarsi in SE senza passare attraverso uno scioglimento qualora tale società

abbia sede ed amministrazione centrale nella Comunità e un'affiliata in uno Stato membro diverso da quello della sua sede sociale.

(12) Le disposizioni nazionali applicabili alle società per azioni che ricorrono pubblicamente al risparmio nonché alla transazione di titoli devono applicarsi anche qualora la costituzione della SE si realizzasse mediante un ricorso pubblico al risparmio nonché alle SE che intendono far uso di questi strumenti finanziari.

(13) Il regime della SE deve essere quello di una società di capitali per azioni, che più adeguatamente risponde, tanto dal punto di vista finanziario che da quello della gestione, alle esigenze delle imprese che esercitano le loro attività su scala europea. Per garantire che siffatte imprese abbiano dimensioni ragionevoli è opportuno stabilire un capitale minimo che garantisca che dette società dispongano di un patrimonio sufficiente, senza ostacolare peraltro la costituzione di SE da parte delle piccole e medie imprese.

(14) Occorre permettere una gestione efficace della SE, garantendo nel contempo un'attenta vigilanza. Va tenuto conto del fatto che esistono attualmente nella Comunità due diversi sistemi in cui è strutturata l'amministrazione delle società per azioni. È opportuno peraltro, pur permettendo alla SE di scegliere tra i due sistemi, operare una chiara delimitazione tra le responsabilità delle persone incaricate della gestione e quelle incaricate della vigilanza.

(15) In virtù delle norme e dei principi generali del diritto internazionale privato, i diritti e gli obblighi relativi alla tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi, derivanti per un'impresa dal controllo esercitato su di un'altra impresa soggetta ad un diverso ordinamento giuridico sono disciplinati dal diritto applicabile all'impresa controllata, fatti salvi gli obblighi ai quali l'impresa che esercita il controllo sia soggetta in base alle disposizioni del diritto ad essa applicabile, per esempio in materia di elaborazione di conti consolidati.

(16) Fatte salve le conseguenze che deriveranno da un ulteriore coordinamento del diritto degli Stati membri, non è attualmente necessaria in materia una regolamentazione specifica per la SE. Occorre quindi attenersi all'applicazione delle norme e dei principi generali del diritto internazionale privato tanto nel caso in cui la SE eserciti il controllo, che in quello in cui la SE sia la società controllata.

(17) Occorre precisare il regime così applicabile nel caso in cui la SE sia controllata da un'altra impresa e rinviare in materia al diritto applicabile alle società per azioni disciplinate dalla legge dello Stato membro in cui ha sede la SE.

(18) Occorre garantire che ogni Stato membro applichi alle infrazioni alle disposizioni del presente regolamento le sanzioni riguardanti le società per azioni disciplinate dalla propria legislazione.

(19) *Le norme relative al ruolo dei lavoratori nella SE sono oggetto della direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. Dette disposizioni costituiscono pertanto un complemento indissociabile del presente regolamento e devono poter essere applicate contemporaneamente.*

(20) *Il presente regolamento non verte su altri settori quali il diritto tributario, il diritto della concorrenza, il diritto della proprietà intellettuale, il diritto fallimentare. Pertanto nei settori summenzionati ed in altri settori non contemplati dal presente regolamento si applicano le disposizioni del diritto degli Stati membri e del diritto comunitario.*

(21) *La direttiva 2001/85/CE è intesa ad assicurare il diritto di coinvolgimento dei lavoratori per quanto riguarda i problemi e le decisioni che incidono sulla vita della SE. Le altre questioni inerenti al diritto sociale e al diritto del lavoro, in particolare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori organizzato negli Stati membri, sono disciplinate dalle disposizioni nazionali applicabili, alle medesime condizioni, alle società per azioni.*

(22) *L'entrata in vigore del presente regolamento deve essere differita, affinché ciascuno Stato membro possa prima procedere al recepimento delle disposizioni della direttiva 2001/86/CE nel diritto nazionale e all'instaurazione dei meccanismi necessari a permettere la costituzione ed funzionamento delle SE aventi sede nel suo territorio, di modo che il regolamento e la direttiva possano essere applicati contemporaneamente.*

(23) *A una società la cui amministrazione centrale non si trovi all'interno della Comunità può essere consentito di partecipare alla costituzione di una SE a condizione che essa sia costituita in base alla legge di uno Stato membro, abbia la propria sede sociale in questo stesso Stato membro e presenti un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro secondo i principi stabiliti nel Programma generale del 1962 per l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento. Tale legame esiste in particolare se la società ha una dipendenza in uno Stato membro ed effettua operazioni tramite la stessa.*

(24) *La SE deve avere la facoltà di trasferire la sua sede sociale in un altro Stato membro. Deve essere prevista un'adeguata e congrua tutela degli interessi degli azionisti di minoranza, dei creditori e dei titolari di altri diritti. Il trasferimento non deve pregiudicare i diritti acquisiti prima dello stesso.*

(25) *Il presente regolamento lascia impregiudicata qualsiasi disposizione che possa essere inserita nella convenzione di Bruxelles del 1968 o qualsiasi testo adottato dagli Stati membri o dal Consiglio per sostituire tale convenzione riguardante le norme sulla competenza applicabili in caso di trasferimento della sede di una società per azioni da uno Stato membro ad un altro.*

(26) *Le attività degli istituti finanziari sono disciplinate da direttive specifiche*

e la normativa nazionale intesa ad attuare tali direttive e le norme nazionali aggiuntive che disciplinano tali attività si applicano pienamente ad una SE.

(27) Tenuto conto della natura specifica e comunitaria della SE, il regime della sede effettiva adottato per la SE con il presente regolamento non pregiudica le legislazioni degli Stati membri né le scelte che potranno essere operate per altri testi comunitari in materia di diritto delle società.

(28) Gli unici poteri d'azione previsti dal trattato ai fini dell'adozione del presente regolamento sono quelli previsti dall'articolo 308.

(29) Poiché gli scopi succitati dell'intervento prospettato non possono essere realizzati in maniera sufficiente dagli Stati membri, in quanto si tratta di istituire la società per azioni a livello europeo, e possono dunque, a causa della portata e dell'incidenza di quest'ultima essere realizzati meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO.

Introduzione di Diego Corapi

1. Il regolamento che ha introdotto la Società per azioni europea (SE – *Societas Europea*), così come gli altri interventi comunitari nella disciplina dell'attività imprenditoriale, mira a favorire l'integrazione europea.

Anche in questo caso lo strumento di carattere giuridico è volto a incidere sulle forme dell'attività e dell'organizzazione delle imprese.

Il *considerando 1* nel preambolo del regolamento rileva, invero, che per il completamento del mercato interno ed il miglioramento della situazione economica e sociale in tutta la Comunità che esso promuove, non è sufficiente l'eliminazione degli ostacoli, ma occorre anche una ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle della Comunità. A questo scopo – continua il *considerando 1* – è indispensabile che le imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali possano progettare e attuare la riorganizzazione delle loro attività su scala comunitaria.

Si tratta dunque di un obiettivo ulteriore e più pregnante per cui non è sufficiente assicurare soltanto la libertà di circolazione, non solo perché le legisla-

zioni nazionali in materia di società e di imprese, nonostante le misure adottate per il loro riavvicinamento, rimangono ancora difformi, ma soprattutto perché la dimensione giuridica delle imprese resta con esse pur sempre confinata nell'ambito nazionale.

L'esigenza di progettare e attuare la riorganizzazione delle imprese su scala comunitaria postula, invece, che la loro unità economica e unità giuridica siano il più possibile corrispondenti (così il *considerando 6*).

Il solo riavvicinamento o armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia non consente il raggiungimento di questo obiettivo. Occorre anche che sia consentito alle imprese di costituire, modificare o fondere le proprie organizzazioni senza trovare ostacoli nelle diverse legislazioni nazionali che ne governano le regole.

Di qui viene l'idea di una società per azioni a livello europeo. Nata nell'immediato dopoguerra e formulata a più riprese a partire dal progetto di *compagnie européenne* presentato dal Consiglio d'Europa nel 1949, questa idea finalmente (e un po' inaspettatamente) all'esito della Conferenza intergovernativa di Nizza del 2001 è sfociata nel regolamento 2157/2001/CE relativo allo Statuto della SE e nella coeva direttiva 2001/86/CE che completa lo Statuto per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori nella SE.

L'idea è stata quella di prevedere, accanto ai tipi di società di diritto nazionale un tipo di società di diritto comunitario, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri (così il citato *considerando 6*).

2. Il primo dato che emerge dalla lettura dei *considerando* nel preambolo del regolamento è che con la SE si intende offrire una soluzione del tutto distinta e alternativa a quella del riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia societaria.

Le due soluzioni operano su piani diversi e possono convivere non solo perché il riavvicinamento delle legislazioni nazionali, che si va attuando progressivamente con le direttive sull'armonizzazione dei diritti societari nazionali, non potrà mai arrivare all'eliminazione di tutte le loro differenze, ma perché, anche a voler ipotizzare che questo irrealistico risultato venga raggiunto, resterebbe sempre lo spazio per un tipo di società con connotati spiccatamente europei e una disciplina non solo armonizzata ma uniforme in tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

3. L'obiettivo che con la SE si intende raggiungere, poi, spiega perché – come ricordano i *considerando 10 e 11* – si sia previsto che la creazione di una SE possa avvenire solo ad opera di società già esistenti nei diversi ordinamenti nazionali che decidano di procedere ad una fusione o alla costituzione di una

società *holding* o di affiliate comuni oppure attraverso la trasformazione in SE di una società per azioni che abbia sede ed amministrazione centrale nella Comunità e una affiliata in uno Stato membro.

Come si è già sottolineato, la riorganizzazione dell'attività di impresa in scala comunitaria è stata invero concepita come operazione di raggruppamento tra società di Stati membri differenti.

Del resto – come ricorda il *considerando 29* – anche in questa materia l'intervento della Comunità deve basarsi sul principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato UE e limitarsi a quanto necessario a perseguire il proprio obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

4. Ma proprio in virtù di questa osservanza dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità lo Statuto di SE risulta, paradossalmente, opposto a quello cui miravano gli ispiratori della proposta.

Secondo l'art. 9 del regolamento la SE è disciplinata non solo dalle disposizioni dello stesso regolamento e da quelle del proprio Statuto ove espressamente previsto dal regolamento, ma anche, per le materie che il regolamento non disciplina, dalle disposizioni di legge adottate dagli Stati membri in applicazione di misure comunitarie concernenti specificamente la SE, nonché dalle disposizioni di legge nazionali che si applicano alle società per azioni costituite nello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale.

Secondo il *considerando 9*, da questa soluzione non dovrebbero discendere conseguenze rilevanti perché le disposizioni nazionali saranno difformi in ogni Stato membro soltanto in quei settori in cui il funzionamento della SE non esige norme comunitarie uniformi e ciò perché i lavori di ravvicinamento dei diritti nazionali delle società, che pure hanno fatto notevoli progressi, hanno ritenuto di non toccare tali settori. La considerazione appare, però semplicistica, dal momento che – come è noto – diversi settori del diritto societario sono invece rimasti ancora fuori dai lavori di riavvicinamento non perché di scarsa rilevanza, ma perché il loro riavvicinamento è risultato troppo irto di difficoltà.

In ogni caso il rinvio alla legge nazionale fa sì che la SE sia trattata in ciascuno Stato membro come una società per azioni costituita in conformità delle leggi dello Stato membro in cui ha la sede sociale (così l'art. 10 del regolamento).

Un rinvio così generale alle leggi dello Stato in cui la SE ha sede, comportando che in effetti la disciplina della SE non sia uniforme in tutti gli Stati membri, fa sì che la SE non sia in realtà un unico "tipo" di società, ma che in ognuno di tali Stati si configuri come un tipo di SE proprio.

In definitiva il regolamento finisce per imporre non un "tipo", ma un "modello" di Statuto, che poi nell'ordinamento di ognuno degli Stati membri viene

completato dalla normativa di diritto societario nazionale per forgiare così un proprio “tipo” di SE, distinto dagli altri tipi di società.

In ognuno degli Stati membri la SE si colloca accanto agli altri tipi di società di capitali previsti dalla legge nazionale e trova buona parte della sua disciplina nelle stesse norme previste per questi. Così è ad esempio per la disciplina dei bilanci e della pubblicità sociale.

Resta fermo, poi – come rileva il *considerando 20* – che il regolamento non verte su altri settori quali il diritto tributario, il diritto della concorrenza, il diritto della proprietà intellettuale, il diritto fallimentare.

5. Da questa impostazione deriva anche l’ulteriore previsione che il regolamento è costretto a introdurre per tenere conto della diversità dei criteri di collegamento per determinare la legge regolatrice della società (*place of incorporation* o *Sitztheorie*) nei diversi Stati membri, quella cioè consentire che gli Stati membri impongano alle SE registrate nei loro territori l’obbligo di far coincidere l’ubicazione dell’amministrazione centrale con quella della sede sociale (così l’art. 7 del regolamento). È evidente che questa coincidenza rende l’identificazione delle disposizioni applicabili alla organizzazione di una SE più immediata e soprattutto più semplice nel caso di trasferimento della sua sede sociale in altro Stato membro.

Pur essendo la SE un tipo di società disciplinato al pari delle altre società per azioni dello Stato membro in cui è ubicata la sua sede sociale, infatti, resta fermo che il suo carattere europeo ne consente il trasferimento della sede in altro Stato membro liberamente, cioè senza dar luogo a scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica (art. 8 del regolamento).

Questa libertà di circolazione della SE costituisce il suo carattere specificamente europeo e viene tenuta ferma anche se, in concreto, ogni SE rappresenta un tipo proprio in ciascuno Stato membro.

Il *considerando 24* ribadisce il punto, precisando soltanto che la facoltà una SE di trasferire la sede sociale in un altro Stato membro non deve pregiudicare gli interessi degli azionisti di minoranza, dei creditori e dei titolari di altri diritti.

La circostanza, però, che ogni SE sia in sostanza un tipo di società proprio dello Stato membro in cui si è costituita, comporta che con il trasferimento della sua sede in un altro Stato membro essa verrà assoggettata alle disposizioni in materia di SE di tale Stato e sarà quindi considerata come un tipo di società di tale Stato.

In effetti, manca una direttiva comunitaria che imponga agli ordinamenti nazionali il riconoscimento di questa libertà per tutti i tipi di società e, d’altro canto, la giurisprudenza della Corte di giustizia pur essendo intervenuta (con le sentenze *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*) a vietare discriminazioni nei con-

fronti di società “straniera” o di loro stabilimenti secondari, e pur avendo costantemente ribadito il principio affermato già con la sentenza *Daily Mail* e cioè che l’art. 43 e l’art. 48 del Trattato CE non consentono ad uno Stato membro di imporre sempre e comunque lo scioglimento e la liquidazione di una società che voglia trasformarsi in una società di diritto nazionale di un altro Stato membro, ma solo quando questa restrizione della libertà di stabilimento sia giustificata da ragioni di interesse pubblico (così in particolare la sentenza *Caixa Bank France*), ha però anche ribadito (recentemente con la sentenza *Cartesio* del 16 dicembre 2008 C-210/06) che, quando il trasferimento della sede comporta anche il trasferimento dell’amministrazione centrale della società, «*un siffatto trasferimento comporta tuttavia necessariamente un mutamento per quanto riguarda il diritto nazionale applicabile al soggetto che lo effettua*» (la sentenza *Cartesio* è pubblicata in *Le Società*, n. 11, 2009, 1389 con nota di commento di M.B. DELI e F. PERNAZZA, ivi anche i richiami alle altre sentenze della CGCE citate).

In questa situazione, il trasferimento della sede di una SE appare più semplice: da un lato, infatti le legislazioni degli Stati membri non potranno fissare ragioni di interesse pubblico che ostino al trasferimento; d’altro lato la disciplina nazionale dello Stato in cui la SE trasferirà la sua sede e che dovrà ad essa applicarsi sarà comunque di portata più limitata rispetto a quella che dovrebbe applicarsi a una società di diritto nazionale, anche perché il peso di tale disciplina nazionale, potrà essere reso meno rilevante dalla SE, avvalendosi dell’ampia libertà che le è concessa nella formulazione del proprio statuto.

Se, con questi limiti, la possibilità di trasferire la sede in altro Stato membro si può considerare tuttora un vantaggio della SE rispetto agli altri tipi di società nazionali, non altrettanto invece può dirsi ormai per la facoltà di costituirsi per fusione, dopo che la direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere, ha previsto l’introduzione di questo procedimento per tutte le società per azioni degli Stati membri.

6. In conclusione la SE, *rectius* le SE di ciascun Stato membro possono presentare tuttora qualche vantaggio che può indirizzare verso la loro costituzione.

L’etichetta europea e, soprattutto, il chiarimento sulla disciplina del coinvolgimento dei lavoratori nella gestione emanata con la direttiva coeva al regolamento, sono senza dubbio aspetti rilevanti a tale fine.

Ma un ruolo positivo può giocare anche la libertà statutaria di cui la SE gode.

Le norme dello statuto di una SE possono, invero, più liberamente di quelle di uno statuto di una società per azioni nazionale, modellarsi secondo le esigenze dei soci. Le norme dettate dal regolamento non sono, infatti, troppo minuziose e lasciano spazio notevole all’autonomia statutaria. D’altro lato, solo le

norme nazionali inderogabili per ragioni di ordine pubblico devono trovare applicazione necessaria.

Queste considerazioni aiutano a comprendere come in diversi Stati membri, che comunque si sono tutti preoccupati di emanare le norme necessarie per l'attuazione in concreto del regolamento, si siano già avuti casi, non numerosi ma significativi, di costituzione di SE (una Tabella in appendice indica tutte le SE finora costituite ripartite per Paesi dove è posta la loro sede).

7. Già dalla lettura dei *considerando* sono evidenti le ragioni di uno studio attento di questa normativa perché possa trovare il migliore inserimento anche nel nostro ordinamento, dove invece ancora manca la necessaria normativa di raccordo. Non è invero ammissibile che l'Italia rimanga ancora priva della possibilità di ospitare sul proprio territorio una SE.

Va inoltre sottolineato che il regolamento sullo Statuto di SE e la direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella gestione societaria che lo accompagna costituiscono il risultato di un notevole sforzo di definizione della struttura fondamentale delle società per azioni comuni nell'esperienza giuridica europea. L'analisi di questa normativa merita perciò attenzione anche da questo punto di vista.

Questa analisi presenta invero grande interesse anche per una comparazione tra la disciplina della SE e quella della società per azioni innovata dalla recente riforma italiana. Si pensi alla discussa introduzione nel nostro ordinamento di diversi sistemi di amministrazione e controllo societari. Anche il regolamento ha previsto che lo statuto di una SE possa scegliere tra due sistemi, tenendo conto che – come rileva il *considerando 14* – i due sistemi esistono attualmente nella Comunità. Ma lo stesso *considerando 14* aggiunge che è in ogni caso opportuno operare una chiara delimitazione tra le responsabilità delle persone incaricate della gestione e quelle incaricate della vigilanza. Questo rilievo può costituire una guida per lo studio della questione della *corporate governance* anche nel nostro ordinamento.

Con questo spirito è stata condotta la esegesi delle norme del regolamento e della direttiva che si presenta nelle pagine seguenti. L'auspicio è che la migliore conoscenza di questo istituto possa agevolarne la comprensione e l'attuazione.

TITOLO I

Disposizioni generali

Articolo 1

Nel territorio della Comunità possono essere costituite società in forma di società per azioni europea (Società europea, in seguito denominata «SE»), nell'osservanza delle condizioni e modalità previste dal presente regolamento.

Commento di Diego Corapi

Il regolamento si apre con una norma di carattere definitorio: la Società europea è una società per azioni.

Fin da quanto, con il progetto Sanders del 1960, è nata l'idea di creare un organismo che consentisse la ristrutturazione dei fattori produttivi in dimensioni adeguate a quelle della Comunità europea, senza essere soggetto ai limiti posti da una sua collocazione nell'ambito di una determinata legislazione nazionale, la scelta del tipo di struttura da adottare è, senza discussione, per così dire di per sé, caduta sul tipo "società per azioni".

Si è confermato così che la società per azioni, con le caratteristiche presenti fin dalle sue origini quale strumento dell'eccezionale espansione commerciale e coloniale degli Stati europei a partire dal sec. XVII e successivamente definite dalle grandi legislazioni nazionali (i *Companies Acts* inglesi del 1844 e del 1862, la legge francese sulle *sociétés anonymes* del 1867), così da costituire lo strumento per lo sviluppo capitalistico del sec. XIX, e poi, nel sec. XX, con la sistemazione nelle leggi tedesche del 1937 e del 1965 da un lato e nelle normative statunitensi sui mercati dei capitali, dall'altro, costituisce universalmente il veicolo

per eccellenza dell'organizzazione del finanziamento e gestione dell'attività delle imprese.

La diffusione dell'attività imprenditoriale in forma di società per azioni ha comportato del resto un graduale avvicinamento delle diverse discipline nazionali che le governano.

Pur se si è lontani dall'uniformità per l'insopprimibile peso che i diversi fattori politici e sociale e anche le diverse tradizioni giuridiche (la c.d. *path dependency*) esercitano sulle normative dei diversi paesi, la società per azioni continua a presentare dovunque le stesse fondamentali caratteristiche: a) la società è dotata di personalità giuridica; b) la responsabilità dei soci è limitata ai conferimenti; c) la posizione dei soci è subordinata a quella degli altri soggetti che entrano in rapporto con la società, ma essi hanno il potere di indirizzare e controllare la gestione; d) la partecipazione sociale è incorporata nelle azioni liberamente trasferibili; e) il processo decisionale e la gestione della società sono affidate ad appositi organi.

Queste caratteristiche (per la cui analisi si veda R. KRAAKMAN-J. ARMOUR-P. DAVIES-L. ENRIQUES-H. HANSMANN-G. HERTIG-K. HOPT-H. KANDA-E. ROCK, 2009. La prima edizione di quest'opera [di minor mole] è stata tradotta in italiano ed edita da Il Mulino nel 2006 con il titolo *Diritto societario comparato*) si trovano anche nello statuto della Società europea.

L'articolo in commento espressamente definisce come caratteri della Società europea la personalità giuridica, la divisione del capitale in azioni e la limitazione di responsabilità di ciascun azionista. Le altre caratteristiche risultano dal prosieguo della normativa dello statuto.

La scelta del tipo società per azioni risulta, poi, funzionale alla limitazione delle possibili modalità di costituzione della Società europea, che – come previsto dall'art. 2 dello Statuto – sono soltanto quelle della funzione o costituzione di una società *holding* o di una società affiliata da parte società di capitali già esistenti.

Il tipo "società per azioni" è considerato, invero, quello più adatto allo sviluppo dell'organizzazione di iniziative imprenditoriali già in essere con dimensioni rilevanti (per le iniziative imprenditoriali più incentrate su specifici caratteri personali ovvero aventi oggetto definito (quali *joint ventures*) si è elaborato un diverso progetto per la c.d. "società privata europea", modellata sul tipo società a responsabilità limitata. Il 14 maggio 2008 è stata pubblicata la proposta per un Regolamento comunitario sullo Statuto della Società privata Europea http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.html).

Lo statuto resta peraltro neutro rispetto alla scelta del modello di società per azioni.

Tra l'impostazione propria della tradizione tedesca della società come istituzione, che è anzitutto organizzazione dell'impresa e della società come rapporto contrattuale, propria della tradizione francese e anglosassone, lo statuto non prende posizione, limitandosi al *common core* delle regole che fissano le caratteristiche essenziali della società per azioni e lasciando aperta la possibilità che esse siano integrate a seconda dell'ordinamento nazionale cui la Società europea è collegata (per altre osservazioni e richiami sul punto mi sia consentito rinviare al mio articolo «*La riforma italiana della società di capitali: modelli continentali, modelli di common law, modello comunitario*», in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 527. Il tema in un contesto generale è ripreso ora da B. SJÅFELL, 2010, per promuovere un deciso indirizzo della normativa europea nel senso di superare il principio della "*shareholders primacy*").

L'atteggiamento di neutralità del regolamento risulta evidente non solo con riferimento alle regole di *governance*, che lasciano l'opzione tra il sistema dualistico e quello monistico, ma ancor più chiaramente nella scelta di lasciare fuori dallo statuto la problematica della cogestione che viene espressamente rinviata alla coeva direttiva 2001/86/CE.

Anche questa direttiva, del resto, lascia larga flessibilità agli ordinamenti nazionali nella soluzione da dare alla questione della partecipazione dei lavoratori: il riferimento è infatti non alla "cogestione", ma più genericamente al "coinvolgimento" dei lavoratori in una SE.

Va segnalato poi che un altro aspetto di fondamentale importanza nella vita delle imprese e nella sistemazione del diritto societario viene lasciato fuori dallo statuto di Società europea: la disciplina dei gruppi.

Del resto questa tematica è ancora fuori anche delle altre iniziative di armonizzazione del diritto societario in Europa.

Articolo 2

1. Le società per azioni indicate nell'allegato I, costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, possono costituire una SE mediante fusione se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri differenti.

2. Le società per azioni e le società a responsabilità limitata indicate nell'allegato II, costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, possono promuovere la costituzione di una SE holding se almeno due di esse:

a) sono soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero

b) hanno da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro o una succursale situata in un altro Stato membro.

3. Le società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma del trattato, e le altre entità giuridiche di diritto pubblico e privato, costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità, possono costituire, sottoscrivendone le azioni, una SE affiliata se almeno due di esse:

a) sono soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero

b) hanno da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro o una succursale situata in un altro Stato membro.

4. Una società per azioni costituita conformemente alla legge di uno Stato membro e avente la sede sociale e l'amministrazione centrale nella Comunità può trasformarsi in una SE se ha da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro.

5. Uno Stato membro può prevedere che una società la cui amministrazione centrale non si trovi all'interno della Comunità possa partecipare alla costituzione di una SE, a condizione che essa sia costituita in base alla legge di uno Stato membro, abbia la propria sede sociale in questo stesso Stato membro e presenti un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro.

Articolo 3

1. Ai fini dell'articolo 2, paragrafi 1, 2 e 3 la SE è considerata una società per azioni soggetta alla legge dello Stato membro in cui essa ha la sede sociale.

2. Una SE può essa stessa costituire una o più affiliate nella forma di SE. Alla SE affiliata non si applicano le disposizioni dello Stato membro in cui quest'ultima ha la sede sociale, che esigono che una società per azioni abbia più di un azionista. Le disposizioni nazionali adottate conformemente alla dodicesima direttiva 89/667/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in materia di diritto delle società relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio si applicano «mutatis mutandis» alle SE.

Commento di Gianluca Scarchillo

SOMMARIO: 1. Premessa. I soggetti legittimati. – 2. Le diverse modalità di costituzione. – 3. I presupposti generali. – 4. L'elemento della internazionalità. – 5. La procedura generale di costituzione: il rinvio alla legislazione nazionale ed il relativo coordinamento. – 6. SE attualmente costituite in Europa.

1. Premessa. I soggetti legittimati

Con gli artt. 2 e 3, il regolamento detta alcune disposizioni generali in materia di costituzione della SE, a cui si affiancano regole specifiche per le singole modalità previste. Le disposizioni generali individuano i soggetti legittimati, disciplinano le modalità dell'iscrizione e i suoi effetti, oltreché il regime di pubblicità degli atti. È prevista, altresì, una norma generale di chiusura (art. 15) che rinvia alla disciplina in materia di costituzione delle società per azioni dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale.

Alle disposizioni generali fanno seguito disposizioni specifiche relative alle singole modalità di costituzione; tra queste, la più complessa è sicuramente la costituzione mediante fusione, in quanto realizza un'ipotesi di fusione transnazionale, disciplinata per la prima volta con il regolamento sulla SE ed ora, invece, disciplinata anche dalla direttiva 2005/56/CE del 26 ottobre 2005 (c.d. X direttiva) recepita in Italia con d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

Ai sensi dell'art. 2, 1° co., del regolamento, sono soggetti legittimati alla co-

stituzione di una SE le società per azioni (indicate nell'allegato I), le società a responsabilità limitata (indicate nell'allegato II), le altre società ed enti ad esse assimilabili contemplati nell'art. 48 Trattato CE, vale a dire le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro.

La SE, pertanto, può essere considerata una «*società di secondo grado*», nel senso che può essere costituita solo da società preesistenti o da altri enti giuridici equiparabili, e non direttamente da persone fisiche. In tale ambito, poi, il regolamento distingue ulteriormente i soggetti legittimati a seconda della modalità di costituzione prescelta: la costituzione per fusione e la trasformazione di una società nazionale in SE sono riservate alle società per azioni; la costituzione di un SE *holding* è consentita sia alle società per azioni sia alle società a responsabilità limitata; legittimate alla costituzione di una SE affiliata sono le società e gli altri enti assimilabili di cui al suddetto art. 48 del Trattato CE (BIANCA, 2002, 453 ss.; CAPRIGLIONE, 2008, 1 ss.; MALATESTA, 2002, 613 ss.; PACIELLO, 2001, 317 ss.; PERNAZZA-SCARCHILLO, 2006, 591 ss.; WERKLAUFF, 2003, 85 ss.).

2. Le diverse modalità di costituzione

L'art. 2 stabilisce tassativamente quattro modalità di costituzione di una SE:

- a) mediante fusione tra due o più società;
- b) mediante creazione di una SE *holding*;
- c) mediante istituzione di una SE affiliata comune;
- d) mediante trasformazione in SE di una società preesistente.

Va rilevato, tuttavia, che l'art. 3, 2° co., del regolamento disegna anche una quinta modalità di costituzione: si tratta di un caso peculiare che si realizza quando una SE, già esistente ed operante, provvede essa stessa direttamente alla formazione di una SE affiliata. Più specificatamente, si stabilisce che «*una SE può essa stessa costituire una o più affiliate nella forma di SE e, in tal caso, alla SE affiliata non si applicano le disposizioni dello Stato membro in cui quest'ultima ha la sede sociale, che esigono che una società per azioni abbia più di un azionista*» (cfr. FIORIO, 2003, 4 ss.).

Conseguentemente, la SE affiliata, costituita alla luce del disposto del suddetto art. 3, 2° co., avrà carattere unipersonale e ad essa si applicheranno – *mutatis mutandis* – le disposizioni di recepimento della direttiva 89/667/CEE (si tratta della XII direttiva in materia di diritto delle società relativa alle società a

responsabilità limitata con un unico socio, pubblicata in *G.U.C.E.* n. L 395 del 30 dicembre 1989).

Non è ammessa, invece, la costituzione di una SE attraverso la sottoscrizione diretta del capitale da parte degli azionisti; si richiede, pertanto, la preesistenza di realtà societarie.

Non è prevista, tra le modalità di costituzione, neanche l'ipotesi di scissione e forse proprio perché, stante la natura unilaterale della scissione, in tal caso verrebbe meno l'elemento della internazionalità, ossia la provenienza da Stati diversi delle partecipanti al procedimento di creazione. C'è da dire, però, che tale ostacolo potrebbe essere superato nel caso di costituzione di una SE mediante scissione di un'altra SE. Occorre rilevare, al riguardo, che il regolamento non contempla direttamente disposizioni relative alla scissione o alla fusione di Società europee; tuttavia, ai sensi degli artt. 9, par. 1, lett. c), ii) e 10, l'ipotesi della scissione risulta ammessa qualora la disciplina sulla società per azioni dello Stato membro in cui la SE ha sede lo permetta. Va rilevato, infatti, che tra le SE che risultano attualmente registrate in Europa vi è anche il caso della costituzione di una Società europea tramite scissione di un'altra Società europea. Si tratta, più specificamente, della *Graphisoft*, società operante nel mercato dei *software* e relativi servizi per imprese di costruzioni, costituita mediante trasformazione di una società preesistente con sede in Olanda. La costituzione della SE risale al 2005 con trasferimento della sede in Ungheria. Da una scissione della *Graphisoft* SE è stata in seguito costituita la *Graphisoft Park* SE, operante nel settore immobiliare, con sede legale a Budapest (cfr. SEPE, 2008, 145 ss.).

Le diverse modalità di costituzione rispondono ad altrettante differenti finalità organizzative. In particolare, la costituzione mediante fusione consente di mettere in comune il potenziale di imprese esistenti in Stati membri diversi e si presta ad operazioni di ristrutturazione di gruppi multinazionali. Si pensi, ad esempio, ad una capogruppo con società controllate in diversi Stati membri; questa potrebbe incorporare le società figlie, che diventerebbero delle divisioni, e trasformarsi in SE, ottenendo così di far coincidere l'unità economica e l'unità giuridica dell'impresa. La costituzione di una SE sotto forma di *holding* o di affiliata ha come effetto naturale la formazione di un gruppo di società o quantomeno la modificazione del vertice o della struttura di un gruppo già esistente. La costituzione della SE per trasformazione è stata introdotta per consentire ad una società di diritto nazionale, con «*vocazione transnazionale*», di usufruire del modello della SE senza passare attraverso lo scioglimento e la ricostituzione (cfr. *considerando 11*).

3. I presupposti generali

L'art. 2 del regolamento, richiede, in generale, la sussistenza di due presupposti:

1. l'operazione deve presentare un carattere di transnazionalità o internazionalità tale da giustificare l'esercizio della competenza comunitaria;
2. l'operazione deve avere un forte collegamento con il territorio comunitario.

L'opportunità di costituire una SE è riservata, perciò, alle società sottoposte alla legge di uno Stato membro, con la sede sociale e l'amministrazione centrale all'interno della Comunità europea. Tuttavia, gli Stati membri possono consentire che anche società non aventi l'amministrazione centrale nella Comunità europea possano in ogni caso partecipare alla costituzione di una SE, qualora siano regolate dalla legge di uno Stato membro, in cui abbiano la propria sede sociale e presentino un "legame effettivo e continuato" con l'economia di uno Stato membro (art. 2, 5° co.).

Il disposto dell'art. 2, 5° co., pertanto, lascia ai singoli Stati membri la facoltà di allargare il novero dei soggetti che possono utilizzare la SE stabilendo, in particolare, che gli Stati membri possono stabilire che *«una società, la cui amministrazione centrale non si trovi all'interno della Comunità, possa partecipare alla costituzione di una SE»*. La norma richiede – come detto – che la società in questione *«sia costituita in base alla legge di uno Stato membro, che abbia la sede sociale nello stesso Stato e che presenti un legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro»*.

Le valutazioni che al riguardo saranno svolte in ciascun ordinamento saranno, quindi, particolarmente importanti per le società extra-comunitarie che desiderano sviluppare le loro attività nel territorio comunitario a partire da una loro filiale già situata nello stesso. Nella misura in cui lo strumento della SE si rivelerà ricco di opportunità, è facile immaginare una sorta di *forum shopping* a favore dell'ordinamento più conveniente da questo punto di vista.

A tal riguardo, il *considerando 23* precisa che tale legame sussiste, in particolare, *«se la società ha una dipendenza in uno Stato membro ed effettua operazioni tramite la stessa»*. A differenza di quanto avveniva nell'art. 3 della proposta di regolamento del 1991, che contemplava proprio l'ipotesi di costituzione con partecipazione di una SE, la facoltà di costituire o partecipare alla costituzione di una SE da parte di un'altra SE non è più prevista in via generale dal regolamento. Quest'ultimo, infatti, si limita a prevedere la possibilità che una SE costituisca una o più affiliate nella forma di SE, stabilendo che alla SE affiliata

non si applicano quelle disposizioni dello Stato della sede che esigono che la società per azioni abbia più di un azionista. Si tratta di ipotesi di costituzione “unilaterale” di SE, da parte di un'altra SE, tanto è vero che sono applicabili – *mutatis mutandis* – le disposizioni nazionali adottate conformemente alla direttiva 89/667/CEE (c.d. XII direttiva) sulle società a responsabilità limitata con unico socio. Si applicano, però, alla SE affiliata le altre disposizioni in materia di società per azioni dello Stato membro in cui essa ha la sede.

Va precisato che, sull'ambito di applicazione della disciplina uniforme, più che l'esatta individuazione di quali società possano costituire una SE, nelle diverse forme previste, sembrano incidere i riferimenti alle leggi regolatrici delle stesse. L'internazionalità dell'operazione si riferisce alla circostanza che almeno due società siano soggette alla legge di Stati membri differenti.

Tuttavia, tale metodo non è scevro da inconvenienti e difficoltà. Al momento, infatti, nonostante il forte slancio dato alla c.d. *comunitarizzazione* del diritto internazionale privato in forza dell'art. 65 Trattato UE, introdotto dal Trattato di Amsterdam, le norme di conflitto in materia societaria sono tuttora statali e talora profondamente diverse tra loro (sul punto cfr. *infra*, parr. 4 e 5).

4. L'elemento della internazionalità

Come già anticipato, una delle caratteristiche peculiari della novella normativa comunitaria è la richiesta necessità – *ex art. 2* – che almeno due società partecipanti alla costituzione della SE siano soggette alla legge di Stati membri differenti, ovvero, in alternativa, abbiano da almeno due anni un'affiliata o una succursale soggetta alla legge di un altro Stato membro.

Nelle ipotesi di fusione (art. 2, 1° co.) e trasformazione (art. 2, 4° co.), l'elemento della transnazionalità è dato da uno solo dei due requisiti suddetti, rispettivamente l'appartenenza a due Stati membri differenti e l'esistenza di una affiliata in altro Stato da almeno due anni. È dunque possibile per una società di diritto nazionale, che voglia acquisire la forma di SE ma non possa procedere a trasformazione non avendo affiliate all'estero, creare una società secondo la legge di un altro Stato membro al solo scopo di costituire una SE mediante fusione.

La verifica dell'elemento di internazionalità è effettuata sulla base delle norme nazionali di diritto internazionale privato, con il rischio di valutazioni contrastanti a seconda dell'ordinamento di riferimento e con gravi incertezze sull'ambito di applicazione del regolamento sotto questo profilo.

Con riferimento all'Italia, ad esempio, l'art. 25 della legge di riforma del di-

ritto internazionale privato prescrive che *«le società sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti»*. Ne segue che sono soggette alla legge italiana non solo le società costituite in Italia, indipendentemente dal fatto che siano o meno operanti nel territorio, ma anche le società straniere che presentino un collegamento sufficientemente forte con il Paese.

Alla luce di tale disposizione, allora, l'elemento della internazionalità o transnazionalità sembrerebbe mancare nel caso di costituzione di una SE da parte di due società con sede effettiva in Italia, anche se una delle due società è stata costituita all'estero in un ordinamento che accoglie ai fini dell'attribuzione della nazionalità il principio dell'incorporazione.

Problema analogo sembra porsi per l'individuazione dell'ambito di applicazione della legge italiana in fase di costituzione della SE. Difatti, quando la legge nazionale è richiamata per essere applicata alle società "nazionali" partecipanti alla costituzione della SE, si utilizza il criterio del diritto internazionale privato nazionale per accertare l'appartenenza di una società all'ordinamento richiamato (cfr. RESCIO, 2007, 359 ss.). In questo senso, l'art. 18, per l'ipotesi di fusione, prevede che per le materie non contemplate dal regolamento o contemplate solo in parte per gli aspetti da esso non contemplati, *«ogni società che partecipa alla costituzione di una SE mediante fusione è soggetta ... alle disposizioni della legge dello Stato membro da cui dipende in materia di fusione delle società per azioni»*. Formulazione analoga è prevista dall'art. 32, 4° co., per l'ipotesi di SE *holding*. Quando invece la legge nazionale è richiamata per essere applicata alla SE, soccorre il criterio di collegamento uniforme previsto dal regolamento, vale dire dalla collocazione della sede sociale (cfr. artt. 7 e 9).

Conclusivamente e per chiarezza sul punto, tuttavia, va evidenziato come – in via generale – l'art. 3, 1° co., preveda che la SE, per tutti i fini dell'art. 2, 1°, 2° e 3° co., debba essere considerata una società per azioni soggetta alla legge dello Stato membro in cui essa ha la sede sociale.

5. La procedura generale di costituzione: il rinvio alla legislazione nazionale ed il relativo coordinamento

Le disposizioni generali dettate dal regolamento per la costituzione della SE sono scarse e lasciano ampi spazi di intervento alla legge nazionale, in virtù del richiamo generale operato dall'art. 15. Il coordinamento con le disposizioni na-

zionali riguarda, in particolare, la disciplina dell'atto costitutivo e del suo contenuto (art. 2328 c.c.) e il relativo controllo di legalità ai fini dell'iscrizione.

L'atto costitutivo della SE deve essere redatto per atto pubblico; esso deve indicare, tra le altre cose, la durata della società ovvero, se la società è costituita a tempo indeterminato, il periodo di tempo, non superiore ad un anno, decorso il quale il socio potrà recedere (art. 2328).

L'art. 2328, 2° co., dispone che lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società costituisce parte integrante dell'atto costitutivo, analogamente a quanto previsto dall'art. 6. Precisa poi che «*in caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quello dello statuto prevalgono le seconde*».

È opportuno rilevare che, fatte salve le disposizioni del regolamento 2157/2001, il momento genetico di una SE è disciplinato dalla legislazione applicabile alle società per azioni dello Stato membro in cui la stessa stabilisce la propria sede sociale, fatte salve le disposizioni regolamentari e per quanto da esse non disposto (art. 15, 1° co.).

Il procedimento costitutivo si conclude con l'iscrizione della società in un apposito registro conformemente all'art. 3 della direttiva 68/151/CEE (art. 12, 1° co.).

A decorrere dalla data della sua iscrizione nell'apposito registro la SE acquista la personalità giuridica (art. 16, 1° co.).

L'iscrizione della SE, inoltre, è subordinata all'adozione di un modello di coinvolgimento dei lavoratori ai sensi della direttiva 2001/86/CE.

In particolare, per l'iscrizione della SE, occorre alternativamente:

– il raggiungimento di un accordo sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori (art. 4, direttiva 2001/86/CE);

– la decisione della delegazione speciale di negoziazione (si tratta di una delegazione, rappresentativa dei lavoratori delle società partecipanti e delle affiliate o dipendenze interessate, istituita per negoziare con le società partecipanti le modalità di coinvolgimento dei lavoratori della SE) di non aprire i negoziati o di porre termine a negoziati in corso e di avvalersi delle norme in tema di informazione e consultazione dei lavoratori che vigono negli Stati membri in cui la SE annovera lavoratori (art. 3, 6° co., direttiva 2001/86/CE);

– che sia decorso il termine per i negoziati, di cui all'art. 5 della direttiva, senza che sia stato raggiunto un accordo.

Risulta evidente come le disposizioni in materia di costituzione dettate dal regolamento devono, dunque, essere lette congiuntamente con quelle previste dalla direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori (su cui si veda *infra*, il relativo commento).

L'accordo sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori viene raggiunto,

appunto, tra la delegazione speciale di negoziazione e gli organi competenti delle società partecipanti alla costituzione della SE.

Si pone la questione, pertanto, della legittimazione di tali organi a stipulare un accordo vincolante per un soggetto giuridico diverso, vale a dire per la costituzione della SE. Da qui sembra discendere la facoltà che le assemblee generali di ciascuna delle società partecipanti si riservino il diritto di subordinare l'iscrizione della SE all'esplicita ratifica di tali modalità come previsto dall'art. 23 nell'ipotesi di fusione e dall'art. 32 nell'ipotesi di costituzione di una SE *holding*.

Lo statuto della SE non deve mai essere in conflitto con le modalità relative alla partecipazione dei lavoratori ai sensi della direttiva (art. 12, 4° co.). Ne segue che lo statuto, ove le modalità del coinvolgimento dei lavoratori siano con esso in contrasto, deve essere modificato per quanto necessario (a tal fine, gli Stati membri possono autorizzare l'organo di direzione o di amministrazione della SE ad apportare allo statuto le modifiche necessarie senza ulteriori decisioni dell'assemblea generale degli azionisti).

Infine, la normativa comunitaria non prevedendo nulla in merito ai conferimenti dei soci sottintende che tale materia deve trovare la propria regolamentazione nell'ambito delle disposizioni nazionali dello Stato in cui la SE avrà la propria sede (cfr. RESCIO, 2003, 965 ss.).

6. SE attualmente costituite in Europa

Nonostante gli artt. 13 e 14 del regolamento prescrivano una forma di pubblicità, non è possibile stabilire con precisione il numero di SE che finora sono state costituite.

Ciò è principalmente dovuto a due fattori: a) la difficoltà di accesso ai registri nazionali e all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee e b) l'inaccessibilità dei registri nazionali. Relativamente alla mancanza di comunicazione, l'esperienza del Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE), ha mostrato che, malgrado l'art. 39, par. 2, del regolamento (CEE) relativo alla istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (sostanzialmente identico all'art. 14 del regolamento sulla SE), i registri nazionali quasi mai forniscono i dettagli della regolamentazione sul GEIE e sulla SE con la precisione richiesta, mentre l'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee apparentemente non segue le evidentemente incomplete informazioni offerte dai registri. Di conseguenza, ogni statistica relativa al GEIE o alla SE è inattendibile. Circa il 40% delle pubblicazioni sulla Società europea nel *Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* non include addirittura tutti i requisiti es-

senziali previsti dall'art. 14 del regolamento. Quanto all'accessibilità, invece, va detto che la ricerca delle SE registrate negli Stati membri, non conoscendone la denominazione, può risultare complessa e confusa.

Tuttavia, alla data del 30 novembre 2010 risultano registrate 700 SE negli Stati membri UE. Tale dato risulta avvalorato da uno studio di ricerca condotto dall'Istituto Sindacale per la Formazione e la Ricerca in tema di Salute e Sicurezza – ETUI-REHS, Project SEEurope – Worker participation at board level in the European Company –, cfr. *www.worker-participation.eu*.

Il numero di SE è cresciuto in maniera esponenziale dal 2004 al 2008. Nel 2009, il numero di nuove SE è diminuito rispetto al 2008, ma nel 2010 il trend ha visto un nuovo aumento. Sono state registrate SE in 21 dei 30 Stati membri UE, soprattutto nella Repubblica Ceca o in Germania (circa il 70%). Sono poche invece le SE registrate negli Stati membri dell'Europa meridionale, ad eccezione di Cipro.

Una veloce analisi dei dati disponibili rivela che le 700 società in questione sono state registrate in 17 differenti Stati membri. Di queste, 244 nella Repubblica Ceca, 157 in Germania, 28 in Olanda, 19 in Francia, 25 in Slovacchia, 12 in Austria, 8 in Belgio, 8 in Svezia ed una, due o tre in ognuno degli altri Stati membri (cfr. Tabella A in Appendice).

Queste differenze trovano presumibilmente una giustificazione nel diverso periodo in cui è intervenuta la legislazione nazionale d'implementazione e nel differente interesse che lo strumento della SE riscuote da parte delle imprese a seconda degli ordinamenti nazionali cui sono assoggettate.

Articolo 9

1. La SE è disciplinata:

a) dalle disposizioni del presente regolamento:

b) ove espressamente previsto dal presente regolamento, dalle disposizioni dello statuto della SE;

o

c) per le materie non disciplinate dal presente regolamento o, qualora una materia lo sia parzialmente, per gli aspetti ai quali non si applica il presente regolamento:

i) dalle disposizioni di legge adottate dagli Stati membri in applicazione di misure comunitarie concernenti specificamente le SE;

ii) dalle disposizioni di legge degli Stati membri che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale;

iii) dalle disposizioni dello statuto della SE, alle stesse condizioni previste per una società per azioni costituita conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale.

2. Le disposizioni di legge adottate dagli Stati membri specificamente per la SE devono essere conformi alle direttive applicabili alle società per azioni indicate nell'allegato I.

3. Se la natura delle attività svolte da una SE è disciplinata da disposizioni specifiche delle normative nazionali, queste ultime sono integralmente applicate alla SE.

Articolo 10

Fatte salve le disposizioni del presente regolamento, una SE è trattata in ciascuno Stato membro come una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale.

Commento di Gianluca Scarchillo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La non autosufficienza del regolamento sulla SE. – 3. Le diverse fonti normative. – 4. L'implementazione del regolamento sulla SE in Italia. Problemi applicativi. – 5. Profili comparatistici: l'implementazione del regolamento sulla SE in Europa.

1. Premessa

Il diritto comunitario si è avvalso per la SE di uno strumento normativo, il regolamento, che a differenza della direttiva non necessita della mediazione degli Stati membri per l'attuazione. Tale soluzione è sembrata opportuna per disciplinare anche diversi modelli associativi sovranazionali, soluzioni organizzative di tipo neutro (per tali aspetti cfr. CORAPI-DE DONNO, 2000, 1027 ss.), comunitario per l'appunto, offerte alle imprese di almeno due Stati membri. La sovranazionalità di tali enti non è tuttavia assoluta, in quanto per molti aspetti la disciplina dei regolamenti rinvia alle norme nazionali (ad esempio per gli adempimenti pubblicitari). Per evitare ciò si sarebbe, infatti, dovuta costruire un'organizzazione *ad hoc* esclusivamente comunitaria cui tali enti avrebbero dovuto fare riferimento nelle varie fasi della loro vita. Tale soluzione è sembrata complessa e di difficile ed onerosa realizzazione. L'articolazione della normativa sulla SE in due atti separati e con un diverso grado di vincolatività per gli Stati membri consente dunque una flessibilità variabile a seconda delle materie che diviene massima nell'adozione delle diverse forme di coinvolgimento dei lavoratori.

Con l'art. 9, il regolamento disciplina, appunto, la fattispecie SE sia direttamente, dettando regole sostanziali, sia indirettamente, mediante un sistema di rinvio agli ordinamenti nazionali. Il regolamento, pertanto, si limita a prevedere direttamente solo l'impalcatura fondamentale della SE, rimettendo ampiamente alla legislazione in materia societaria degli Stati membri la definizione di numerosi aspetti della disciplina sostanziale.

La disciplina materiale della SE risulta, dunque, da un sistema coordinato di norme comunitarie e norme appartenenti ai vari ordinamenti nazionali richiamati in via sussidiaria per effetto del rinvio. A ciò si aggiunga, che numerose disposizioni del regolamento non possono essere applicate se non a seguito dell'attuazione negli Stati membri della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori: non solo infatti l'entrata in vigore del regolamento è subordinata all'attuazione

della direttiva (cfr. *considerando 22*), ma l'iscrizione della SE nell'apposito registro, iscrizione che ne perfeziona il procedimento di costituzione, può aver luogo soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori (art. 12, 2° co.). Discende da ciò l'esigenza di verificare come il regolamento sulla SE sia completato dalle diverse discipline nazionali.

Con riferimento ai profili applicativi, tali disposizioni «... *permetteranno la costituzione e la gestione di società di dimensioni europee, senza gli ostacoli dovuti alla disparità delle legislazioni nazionali applicabili alle società commerciali e ai limiti territoriali della loro applicazione*» (cfr. *considerando 6 e 7*).

La SE favorisce pertanto la riorganizzazione delle attività delle imprese su scala comunitaria, anche consentendo (e, aggiungerei, semplificando) la realizzazione di operazioni di fusione transfrontaliera (cfr. *considerando 1 e 2*).

È una società che ha un capitale diviso in azioni e una personalità giuridica che mette al riparo i singoli azionisti da responsabilità personali e la cui disciplina dovrà, allora, necessariamente trovare approfondimento nel particolare modello nazionale di società per azioni prevalente negli Stati membri.

Ampio spazio è poi dedicato alla volontà dei soci espressa nello statuto sociale, nei limiti consentiti dall'art. 9 del regolamento e dalle norme imperative della legge sulle società per azioni dello Stato membro in cui la SE ha sede.

Tale articolata situazione della disciplina della SE appare sicuramente flessibile, ma fa dubitare del raggiungimento del risultato finale della conformità delle SE costituite in diversi Stati membri.

2. La non autosufficienza del regolamento sulla SE

Nel quadro delle fonti comunitarie, come già osservato, una delle peculiarità del regolamento sulla SE consiste nella sua non autosufficienza: esso rinvia alle disposizioni di legge degli Stati membri che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità dello Stato membro in cui ha la sede sociale (art. 9) o alle disposizioni della legge dello Stato membro da cui dipende per le società partecipanti (art. 18).

Tale rinvio, nell'ordinamento italiano, ad esempio, riguarda sicuramente la disciplina dettata per le società per azioni dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 che ha modificato il codice civile, nonché la speciale disciplina processuale introdotta per le controversie in materia societaria dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ormai abrogata. Nel caso in cui la SE abbia titoli negoziati nei mercati regolamentati della CE, come espressamente ammesso dal *considerando 12*, si deve fare riferimento anche alle disposizioni dettate dal testo unico in materia di in-

termediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Sono altresì applicabili, in virtù di tale rinvio, le disposizioni in materia di diritto internazionale privato societario (art. 25, l. 218/1995).

Tale rinvio opera, pertanto, nel duplice senso di integrare la disciplina con disposizioni di fonte domestica, sia proprie della SE sia comuni alle società per azioni costituite in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale, e di condizionare la sua operatività ad ulteriori interventi statali presupposti, inclusi quelli previsti per l'attuazione della direttiva (si pensi, ad esempio, alle designazioni delle autorità competenti a porre in essere le attività previste dagli artt. 8, 25, 26, 54, 55 e 64 – *ex art.* 68, 2° co. del regolamento – ovvero alle disposizioni di riferimento sul coinvolgimento dei lavoratori previste dall'art. 7 della direttiva 2001/86).

Quanto alle disposizioni nazionali in materia di società per azioni, sembra opportuno distinguere il rinvio finalizzato a disciplinare le attività prodromiche alla costituzione della SE poste in essere dalle società partecipanti, dal rinvio volto ad integrare la disciplina della SE sul presupposto della sua assimilazione ad una società per azioni (art. 10).

Nel primo caso, il regolamento non detta una disciplina uniforme ma si limita a risolvere i problemi di conflitto di leggi che sorgono normalmente in caso di cooperazione transnazionale tra imprese, tipizzando le condizioni e le modalità di costituzione della SE, ivi compresi i criteri per individuare la legge applicabile alle varie fasi della procedura di costituzione. L'applicazione del diritto nazionale, tuttavia, si giustifica perché riguarda attività poste in essere da società "appartenenti" all'ordinamento richiamato. Nel secondo caso, invece, il diritto nazionale concorre a definire lo statuto della stessa SE, compromettendo quella uniformità di disciplina auspicata dal legislatore comunitario (cfr. *considerando* 4 e 6).

Ciò non toglie che l'implementazione della SE presenta elementi di ulteriore peculiarità. Essa propone, infatti, ai legislatori nazionali la necessità di integrare normativamente, nei limiti previsti dal regolamento, istituti alieni alla propria tradizionale impostazione. Tali interventi possono risultare più o meno complessi a seconda delle caratteristiche dell'ordinamento nazionale.

Nondimeno, in un contesto così fluido, la disciplina della SE potrà costituire un parametro di riferimento sulla base del quale misurare le differenze tra le soluzioni nazionali tanto per le SE quanto per le società azionarie regolate dal diritto nazionale.

Tali peculiarità subordinano di fatto l'effettiva entrata in vigore del regolamento agli interventi statali ed implica una potenziale utilizzazione differenziata nel tempo della SE a seconda della tempestività dei legislatori nazionali nell'assolvere a tali compiti.

3. Le diverse fonti normative

L'art. 9 del regolamento disegna il sistema dell'organizzazione delle fonti normative della SE, prevedendo al riguardo una struttura tipicamente gerarchica.

La prima fonte assoluta è rappresentata, naturalmente, dallo stesso regolamento 2157/2001/CE le cui disposizioni prescrittive si applicano direttamente in tutti gli Stati membri (art. 9, 1° co., lett. *a*).

Occorre osservare subito che le varie disposizioni previste dal regolamento possono certamente essere suddivise in:

1. norme assolutamente inderogabili (salvo il caso in cui intervenga una deroga espressa e giustificata da altra fonte comunitaria);
2. norme derogabili dallo statuto della SE;
3. norme di rinvio ai singoli ordinamenti nazionali.

Anche se la lettera del regolamento tace su tale aspetto, si ritiene che ulteriori integrazioni alle disposizioni regolamentari possano senza dubbio emergere dai vari *considerando*, oltre che dai principi generali di diritto comunitario (cfr., in tal senso, RESCIO, 2003, 979).

La seconda fonte normativa, immediatamente successiva, è lo statuto della SE, naturalmente ove espressamente previsto e richiamato dalle disposizioni dello stesso regolamento (art. 9, 1° co., lett. *b*).

Giocoforza ritenere, pertanto, nulla essendo previsto e specificato al riguardo, che tali norme statutarie prevalgano sulle stesse norme inderogabili stabilite dagli ordinamenti nazionali che, sul punto, cederebbero a favore di una regolamentazione esclusivamente a carattere comunitario.

Molto interessanti, tuttavia, sono le diverse modalità attraverso le quali il regolamento rinvia proprio alle disposizioni degli statuti della SE (*ex multis*, e in tal senso, cfr. RESCIO, 2003, 980). Se in alcuni casi, infatti, il rinvio agli statuti è comunque caratterizzato da una limitazione della stessa autonomia statutaria a favore della prevalenza delle norme stabilite dallo Stato in cui la SE ha la sede sociale (cfr. art. 47, 1° co., il quale prevede che «lo statuto della SE può prevedere che una società o altra entità giuridica sia membro di un organo, salvo se altrimenti disposto dalla legislazione dello Stato membro della sede sociale della SE applicabile alla società per azioni») ovvero a favore di specifiche previsioni dello stesso regolamento (cfr. art. 50, 2° co., il quale dispone che «in mancanza di disposizioni statutarie in merito, in caso di parità di voti, prevale il voto del presidente dell'organo. Tuttavia non è possibile alcuna disposizione statutaria contraria quando l'organo di vigilanza è composto per metà di rappresentanti di lavoratori»); in altri casi, invece, lo statuto della SE rileva come fonte: a) in

manca di norme nazionali (cfr. art. 56 laddove stabilisce che «uno o più azionisti che dispongano congiuntamente almeno del 10% del capitale sottoscritto possono chiedere l'iscrizione di uno o più nuovi punti all'ordine del giorno di un'assemblea generale. Le procedure e i termini applicabili a questa richiesta sono stabiliti dalla legislazione nazionale dello Stato membro della sede sociale della SE o, in mancanza, dallo statuto della SE»); b) per disciplinare specifici aspetti della struttura organizzativa della società (cfr. art. 46, 2° co., il quale prescrive che «salvo restrizioni previste dallo statuto, i membri possono essere nuovamente designati una o più volte per il periodo stabilito in applicazione del par. 1»); c) per inserire determinate disposizioni attuative di norme regolamentari (cfr. art. 39, 3° co., in virtù del quale «lo statuto della SE stabilisce il numero dei membri dell'organo di direzione o le regole per determinarlo»).

Il terzo stadio gerarchico è, infine, rappresentato dalle fonti che trovano applicazione relativamente a quelle materie per le quali il regolamento non detti, interamente o solo parzialmente, una propria disciplina (art. 9, 1° co., lett. c). Si fa riferimento, in particolare, 1) alle disposizioni legislative nazionali emanate in attuazione del regolamento; 2) alle disposizioni legislative nazionali che si applicano alle società per azioni dello Stato membro ove la SE ha la propria sede sociale; e 3) alle disposizioni dei singoli statuti delle varie SE, alle medesime condizioni stabilite per una società per azioni costituita conformemente alla legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale.

A tal proposito, proprio il coordinamento con le singole legislazioni nazionali attinenti alla SE è oggetto dell'art. 9, 2° co., il quale precisa che quest'ultime debbono essere conformi alle direttive applicabili alle società per azioni. Con tale puntualizzazione il legislatore comunitario ha inteso ribadire l'importanza dello strumento della SE evitando, da un lato, possibili disparità tra SE e società per azioni all'interno dei diversi ordinamenti nazionali e, dall'altro, incoraggiando il necessario adeguamento della disciplina nazionale della SE alle probabili novità che potranno interessare l'armonizzazione del diritto societario europeo (cfr. BIANCA, 2002, 453).

D'altronde, è lo stesso regolamento, con il dettato dell'art. 10, che, fatte salve le proprie disposizioni normative, effettua una totale equiparazione di trattamento tra la SE e la società per azioni così come regolamentata in ciascuno Stato membro in cui essa ha la propria sede sociale.

Più specificatamente, tra le materie la cui regolamentazione è rimessa a ciascuno degli ordinamenti nazionali abbiamo, ad esempio, la costituzione della SE, il capitale sociale, le azioni e le obbligazioni, la pubblicità degli atti, la responsabilità dei componenti degli organi sociali per violazione di obblighi di legge e/o di statuto, lo svolgimento dei lavori assembleari, le procedure di voto, i sistemi di controllo e le operazioni straordinarie.