

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Presidente -
Dott. CASADONTE Annamaria - Consigliere -
Dott. DONGIACOMO Giuseppe - Consigliere -
Dott. BESSO MARCHEIS Chiara - rel. Consigliere -
Dott. OLIVA Stefano - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 19994/2019 proposto da:

(*omissis*) SRL, IN PERSONA DEL SUO AMM.RE UNICO, e (*omissis*) SRL IN PERSONA DL SUO AMM.RE UNICO elettivamente domiciliate in ROMA, C.SO VITTORIO EMANUELE II 269, presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che le rappresenta e difende;

- ricorrenti -

contro

(*omissis*) ARL, IN PERSONA DEL LIQUIDATORE GIUDIZIARIO, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MUZIO CLEMENTI 48, presso lo studio dell'avvocato (*omissis*), che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati (*omissis*);

- controricorrente -

contro

M.I.;

- intimato -

avverso la sentenza n. 8288/2018 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 28/12/2018; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/01/2022 dal Consigliere Dott. CHIARA BESSO MARCHEIS; udito l'Avvocato (*omissis*), che ha chiesto l'accoglimento del ricorso; udito l'Avvocato (*omissis*), che si riporta agli atti difensivi; sentito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PEPE Alessandro, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Nel 2004 la società a responsabilità limitata (s.r.l.) (*omissis*), con patrimonio e attività costituiti unicamente dal complesso immobiliare denominato (OMISSIS) sito in (OMISSIS), ha cambiato la propria denominazione sociale in (*omissis*) s.r.l. e ha trasferito la propria sede nel (OMISSIS), ove ha modificato la denominazione in (*omissis*) a.r.l..

2. Nel 2010 vi è stata una assemblea straordinaria della società, tenutasi in (OMISSIS), nella quale è stata nominata amministratrice unica (gerante) S.B.. In quella occasione S. B. ha nominato F. F., soggetto estraneo alla società, mandatario generale e gli ha conferito il potere di compiere "nel (OMISSIS) e all'estero, in nome e per conto della società, tutti gli atti e le operazioni necessarie, senza eccezioni ed esclusioni, sempre comunque nei limiti dell'oggetto sociale della società".

3. Nel 2012 il mandatario F. F. ha conferito il (OMISSIS) alla società italiana (omissis) s.r.l., che dapprima con contratto preliminare si è obbligata a venderlo a M. M. e poi lo ha conferito alla società italiana (omissis) s.r.l..

4. Nel 2013 (omissis) a.r.l. ha chiamato in causa - davanti al Tribunale italiano di Roma - le società (omissis) s.r.l. ed (omissis) s.r.l., chiedendo che fosse dichiarata la nullità dei due atti di conferimento in conseguenza della inefficacia della attribuzione dei poteri a F. F., da parte della amministratrice della società attrice. Il Tribunale di Roma, che non ha preso posizione in relazione alle legge applicabile, ha rigettato la domanda, ritenendo che il mandato a F.F. fosse stato validamente attribuito.

5. La Corte d'appello di Roma, decidendo in secondo grado, ha accolto la domanda. La Corte d'appello ha anzitutto affermato l'applicazione della legge italiana, in quanto secondo l'art. 25 della legge di diritto internazionale privato (L. n. 218 del 1995) si applica la legge italiana se in Italia "si trova l'oggetto principale" della società, oggetto principale che nel caso della società STES a. r.l. è indiscusso che si trovi in Italia, costituendo il complesso del (OMISSIS) "l'unico e intero patrimonio" della società. La Corte d'appello ha quindi stabilito che il conferimento a un soggetto terzo rispetto alla società, quale F. F., di poteri illimitati di gestione (sotto il profilo territoriale e di contenuto) si poneva in contrasto con l'art. 2381 c.c., comma 2 (che prevede la delega da parte del consiglio di amministrazione della società delle proprie attribuzioni unicamente a componenti del medesimo consiglio). La Corte d'appello ha così dichiarato la nullità dell'attribuzione dei poteri da parte della amministratrice della società a F. F. e, di conseguenza, l'inefficacia dei due conferimenti del (OMISSIS) alle due società convenute.

6. Le società (omissis) s.r.l. e (omissis) s.r.l. hanno proposto ricorso a questa Corte, anzitutto contestando l'applicabilità della L. n. 218 del 1995, art. 25, comma 1, seconda parte, in quanto il giudice d'appello non ha considerato che il significato e la portata della norma sono stati profondamente incisi dal diritto Europeo, che ne impone la disapplicazione qualora se ne dia una interpretazione con esso incompatibile.

7. La controparte (omissis) a.r.l. ha resistito al ricorso, in particolare sottolineando che, essendo l'oggetto principale della società in Italia, l'efficacia dei poteri attribuiti a F. F. e la validità dei successivi conferimenti alle società ricorrenti devono essere esaminati in base alla legge italiana, senza alcuna interferenza interpretativa da parte del diritto comunitario.

Le disposizioni rilevanti del diritto nazionale.

8. Disposizione nazionale rilevante è anzitutto la L. n. 218 del 1995, art. 25 (Gazzetta Ufficiale 3 giugno 1995, n. 128). L'articolo, intitolato "società e altri enti", dispone che:

"(1) Le società, le associazioni, le fondazioni e ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati 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.

(2) In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.

(3) I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati".

9. Altra disposizione nazionale rilevante è l'art. 2507 c.c., che apre il capo dedicato alle "società costituite all'estero", secondo cui "l'interpretazione e applicazione delle disposizioni contenute nel capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee".

Le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione

10. Con riguardo al diritto dell'Unione sono rilevanti le disposizioni che enunciano la libertà di stabilimento, in particolare gli artt. 49 e 54 del TFUE.

11. L'art. 49 TFUE dispone:

"(1) Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

(2) La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonchè la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, comma 2, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

12. L'art. 54 TFUE prevede:

"(1) Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri.

(2) Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro".

Le pronunzie rilevanti della Corte di giustizia dell'Unione

13. Ampia è la giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema della libertà di stabilimento delle società.

14. Vanno in particolare segnalate, per quanto interessa in relazione al presente rinvio:

- la sentenza del 27 settembre 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, EU:C:1988:456) - la sentenza del 9 marzo 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126);
- la sentenza del 5 novembre 2002, Uberseering (C-208/00, EU:C:2002:632);
- la sentenza del 30 settembre 2003, Inspire Art. (C-167/01, EU:C:2003:512);
- la sentenza del 13 dicembre 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762);
- la sentenza del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes (C-196/04, EU:C:2006:544);
- la sentenza del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723);
- la sentenza del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785);
- la sentenza del 12 luglio 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440);
- la sentenza del 25 ottobre 2017, Polbud (C-106/16, EU:C:2017:804).

15. Tra le sentenze citate, particolare significato assume per il caso in esame la sentenza Polbud. Nella vicenda portata alla Corte dell'Unione, una società polacca - che aveva stabilito di trasferire la sola sede legale in Lussemburgo per rendere applicabile il diritto lussemburghese, senza perdere la sua personalità giuridica - si era vista opporre, al momento del deposito dell'istanza di cancellazione dal registro delle imprese, la mancanza della documentazione dell'avvenuta liquidazione. La Corte Suprema polacca, alla quale si è rivolta Polbud dopo due rigetti dell'istanza di cancellazione, ha anzitutto posto alla Corte di giustizia la questione della applicabilità della libertà di stabilimento al trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione in una società soggetta al diritto di tale secondo Stato membro, senza spostamento della sede effettiva della citata società.

16. La Corte di giustizia ha affermato che rientra nella libertà di stabilimento la situazione in cui una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro, desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro, nel rispetto del criterio stabilito dal secondo Stato membro ai fini del collegamento di una società al proprio ordinamento giuridico nazionale, quand'anche detta

società svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro (vedere punti 34, 38 e 44 della sentenza Polbud).

Breve illustrazione dei motivi del rinvio

17. Nel presente giudizio si è di fronte a una società di capitali (una società a responsabilità limitata) che, originariamente costituita secondo il diritto italiano, si è cancellata dal registro delle imprese e, trasformata in una società lussemburghese, ha trasferito la sede in Lussemburgo, mantenendo però il proprio centro di attività in Italia.

18. Il contesto di fatto e di diritto è diverso rispetto a quello all'origine della sentenza Polbud. Nel caso in esame, come nel caso Polbud, ci troviamo di fronte a una società che Delibera di trasferire la propria sede sociale in Lussemburgo, mantenendo nello Stato membro di origine il centro della propria attività.

19. A differenza del caso Polbud - ove le disposizioni nazionali subordinavano la cancellazione dal registro delle imprese alla cessazione e liquidazione della società nello Stato di provenienza nel caso in esame non viene in discussione la legittimità della trasformazione della società (*omissis*) s.r.l. nella società (*omissis*) a.r.l., senza la preventiva liquidazione e cessazione della propria attività.

20. Il diritto italiano consente la trasformazione delle società italiane in società estere: dell'art. 25, comma 3 della Legge di diritto internazionale privato (supra, punto 8) dispone infatti che "i trasferimenti della sede sociale in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati". La disposizione, pertanto, riconosce il trasferimento della sede sociale e ciò a condizione che il trasferimento risulti valido non nel solo ordinamento di destinazione, ma in tutti gli ordinamenti coinvolti. Secondo la giurisprudenza italiana il trasferimento non comporta, a seguito della cancellazione della società dal registro italiano delle imprese, la cessazione della soggettività giuridica della società (vedere al riguardo la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 11 marzo 2013, IT:C:5945; vedere anche l'ordinanza della Corte di cassazione 6 agosto 2020, IT:C:2020:16775, che sottolinea come l'art. 2437 c.c., comma 1, lett. c) e art. 2473 c.c., comma 1, che attribuiscono ai soci nelle società azionarie e in quelle a responsabilità limitata il diritto di recesso nel caso di trasferimento della sede all'estero, presuppongono la continuità della personalità giuridica, ancorché la società si sia, appunto, cancellata dal registro italiano delle imprese).

21. La questione che la causa propone è quella della legge applicabile alla società, una volta che abbia trasferito la sua sede sociale in uno Stato membro dell'Unione e abbia però mantenuto il centro della sua attività nello Stato membro di origine.

22. In particolare, è controverso se l'attribuzione da parte della amministratrice della società dei poteri di gestione della medesima a un terzo debba essere valutata sulla base del diritto dello Stato di stabilimento, luogo dell'attuale sede sociale, ovvero di quello dello Stato di provenienza, ove è rimasto il centro di attività della società.

23. Il giudice d'appello (vedere supra punto 5) ha ritenuto applicabile la legge italiana sulla base di quanto disposto dall'art. 25 della legge di diritto internazionale privato (supra punto 8).

24. L'art. 25, al comma 1, prima parte, individua quale criterio di collegamento per determinare la legge applicabile alla società il luogo in cui il procedimento della sua costituzione si è perfezionato, così optando per il criterio c.d. della incorporazione. Il comma 2, specifica poi quali profili vanno ricompresi nell'ambito di applicazione della norma mediante un elenco (supra punto 8) che viene ritenuto non tassativo, ma meramente esemplificativo, con la conseguenza di assoggettare alla legge del luogo dell'incorporazione tutte le questioni relative alla nascita, alle caratteristiche, alla struttura organizzativa e al funzionamento interno ed esterno della società.

25. L'art. 25, comma 1, seconda parte, contiene però un correttivo al criterio della incorporazione ed estende la legge italiana alla società che, pure incorporata nel territorio di un altro Stato, ha in Italia "la sede dell'amministrazione" ovvero "l'oggetto principale" della sua attività.

26. Il criterio correttivo dell'oggetto principale dell'attività della società è stato ritenuto applicabile nel caso in esame dal giudice d'appello, che ha così valutato l'attribuzione dei poteri da parte della

amministratrice a F. F. ai sensi del diritto societario italiano e della sua applicazione da parte della giurisprudenza.

27. Va precisato che l'attribuzione dei poteri a F. F. è avvenuta nel corso di una assemblea straordinaria della società STES a.r.l., che si è tenuta a (OMISSIS); sulla base di tali poteri F. F. ha conferito il complesso immobiliare costituente il centro dell'attività della società, con atto questa volta compiuto in Italia (il conferimento è avvenuto nel corso di una assemblea della società italiana (omissis) s.r.l.).

28. La compatibilità tra la seconda parte del comma 1 del citato art. 25 e la libertà di stabilimento delle società è stata contestata dalle società ricorrenti nel giudizio portato davanti a questa Corte.

29. Nell'esaminare la questione vanno svolte, ad avviso del Collegio, le seguenti considerazioni.

30. Nell'interpretazione che la Corte di giustizia dell'Unione Europea (vedere le sentenze citate supra al punto 14) ha dato della libertà di stabilimento delle società, tale libertà comprende il diritto per una società costituita in conformità con la normativa di uno Stato membro di trasformarsi in una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro, purchè siano soddisfatte le condizioni stabilite dalla normativa di tale altro Stato membro e, in particolare, il criterio posto da quest'ultimo Stato membro per collegare una società all'ordinamento giuridico nazionale.

31. In mancanza di armonizzazione del diritto dell'Unione, la definizione del criterio di collegamento che determina il diritto nazionale applicabile ad una società rientra, conformemente all'art. 54 TFUE, nella competenza di ciascuno Stato membro. In virtù del medesimo art. 54 TFUE, la sede sociale, l'amministrazione centrale e il centro di attività principale della società sono tutti criteri di collegamento che si trovano su un piano di parità (vedere il considerando 3 della direttiva UE 2019/2121 del 27 novembre 2019, che ha modificato la direttiva UE 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere, Gazzetta Ufficiale del 12 dicembre 2019, serie L, n. 321).

32. Ne consegue che, come precisato nella giurisprudenza della Corte di giustizia (vedere la sentenza Polbud, punto 44), il fatto che soltanto la sede sociale sia trasferita - e non l'amministrazione centrale o il centro di attività principale - di per sè non esclude l'applicabilità della libertà di stabilimento in virtù dell'art. 49 TFUE.

33. Si tratta quindi di stabilire se la libertà di stabilimento comporta l'assoggettamento della società, che abbia mantenuto il centro della propria attività nello Stato d'origine, al diritto dello Stato di destinazione non solo per quanto concerne la sua costituzione, ma anche in relazione alla sua gestione, non solo interna, ma anche esterna, trattandosi nel caso in esame dell'attribuzione di poteri di gestione a un soggetto terzo rispetto alla società, che ha inciso in modo determinante sulla attività della medesima.

34. Al riguardo va evidenziato che dell'art. 49, comma 2 TFUE parla di libertà di stabilimento correlata alla costituzione e alla gestione delle società e che il considerando 2 della sopra richiamata direttiva UE 2019/2121 del 27 novembre 2019 evidenzia che la libertà di stabilimento comporta che non solo la costituzione, ma anche la gestione delle società sia posta in essere alle condizioni definite dalla legislazione dello Stato membro di stabilimento; direttiva 2019/2121 che all'art. 1, parla di trasformazione in "*società di capitali soggette al diritto di un altro Stato membro*" (la direttiva, va precisato, non ha ancora avuto attuazione da parte del legislatore italiano e pende al riguardo in Parlamento un disegno di legge delega al Governo).

35. Va poi tenuto presente circa il diritto italiano che nel 2003, con la riforma del diritto societario ad opera del D.Lgs. n. 6 del 2003, è stato inserito, in apertura del capo dedicato alle società costituite all'estero, l'art. 2507 c.c. (supra, punto 9), secondo cui non solo l'interpretazione, ma anche l'applicazione delle disposizioni del capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento comunitario. Tale articolo, secondo alcuni commentatori, indicherebbe la portata disapplicativa della giurisprudenza comunitaria rispetto non solo alle disposizioni del capo, ma pure alle disposizioni della legge di diritto internazionale privato e in particolare all'art. 25.

36. Riassumendo, sono presenti nel diritto Europeo indici che portano a ritenere ricomprese nella legge dello Stato di destinazione, applicabile alla società che in questo Stato abbia trasferito la propria

sede, le disposizioni relative al funzionamento e alla gestione della medesima. Tuttavia, il fatto che nel caso in esame si sia di fronte a un atto di gestione della società che incide sulla attività della medesima, attività si trova in Italia, Stato di origine rispetto al quale la società ha mantenuto la propria personalità giuridica, lascia, ad avviso del Collegio, spazio al dubbio che l'atto di gestione in questione vada valutato alla luce del diritto e della interpretazione giurisprudenziale dell'ordinamento italiano invece di quello lussemburghese.

37. Pertanto, nonostante sia ormai ampia la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di libertà di stabilimento delle società, il Collegio ritiene che sia necessario presentare la questione interpretativa del diritto di stabilimento delle società sorta nel presente giudizio alla Corte Europea, anche considerando che la questione è stata sollevata di fronte alla Corte di cassazione, le cui decisioni non sono - se non in casi eccezionali - impugnabili.

Rinvio della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

38. In conclusione, è necessario richiedere alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla seguente questione: *"Se gli artt. 49 e 54 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ostino a che uno Stato membro, in cui è stata originariamente costituita una società (società a responsabilità limitata), applichi alla stessa le disposizioni di diritto nazionale relative al funzionamento e alla gestione della società qualora la società, trasferita la sede e ricostituita la società secondo il diritto dello Stato membro di destinazione, mantenga il centro della sua attività nello Stato membro di partenza e l'atto di gestione in questione incida in modo determinante sull'attività della società"*.

39. Il rinvio pregiudiziale comporta la sospensione del processo.

P.Q.M.

La Corte, visti l'art. 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e l'art. 295 c.p.c., chiede alla Corte di giustizia dell'Unione di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla questione di interpretazione del diritto dell'Unione indicata in motivazione.

Viene ordinata la sospensione del processo e si dispone che copia della presente pronuncia sia trasmessa alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Conclusionione

Così deciso in Roma, nella pubblica udienza della Sezione Seconda Civile, il 11 gennaio 2022.

Depositato in Cancelleria il 11 aprile 2022