

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 4 dicembre 2001<sup>1</sup>

Introduzione

1. La presente questione pregiudiziale dà la possibilità alla Corte di giustizia di chiarire il significato della sentenza 9 marzo 1999, *Centros*<sup>2</sup>, e di precisare, in generale, in quale misura in cui il diritto comunitario influisca sulla definizione dello stato giuridico delle persone giuridiche.

Tale controversia ha dato luogo ad un nutrito dibattito nella dottrina europea e, in particolare, in quella tedesca<sup>3</sup>.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Causa C-212/97 (Racc. pag. 1459; in prosieguo: la «sentenza *Centros*»).

3 — V., tra gli altri, P. Behrens: Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Centros-Urteil* des EuGH, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1999, vol. 5, pag. 323; F. Ebke: Das Schicksal der Sitztheorie nach dem *Centros-Urteil* des EuGH, *Juristenzeitung*, 1999, vol. 13, pag. 656; W.-H. Roth: Gründungstheorie, ist der Damm gebrochen?, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, vol. 21, pag. 861; O. Sandrock: *Centros*: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, *Betriebsberater*, 1999, vol. 26, pag. 1337; E.O. Steindorff: *Centros* und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, *Juristenzeitung*, 1999, vol. 23, pag. 1140; J. Wouters: Private International Law and Companies' Freedom of Establishment, *European Business Organization Law Review*, 2001, vol. 2, pag. 101; D. Zimmer: Mysterium "Centros": von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, vol. 1, pag. 23.

2. Oggetto del procedimento principale è il problema di un ordinamento che impedisce ad una società validamente costituita in uno Stato membro, che ha la sua sede e esercita la sua attività in territorio comunitario — e che, pertanto, può aspirare ad usufruire della libertà di stabilimento prevista dal Trattato — di far valere i propri diritti dinanzi ai giudici di un altro Stato membro, nel quale ha fissato la sua sede effettiva<sup>4</sup>.

3. Nel merito si tratta di verificare se — e fino a che punto — il diritto comunitario incida direttamente sull'organizzazione delle normative nazionali di diritto internazionale privato relative allo stato personale delle società.

Fatti e procedimento della controversia principale

4. Come risulta dall'ordinanza di rinvio, i fatti ed i punti salienti processuali della

4 — In prosieguo utilizzerò come sinonimi termini come «sede reale», «sede amministrativa effettiva» o «centro direzionale». Mi riferisco comunque al luogo in cui si svolge la vita della società e nel quale viene conclusa una buona parte delle transazioni con terzi (v. Kegel, G., *Internationales Privatrecht*, Munich 1995, Beck, pag. 416).

controversia principale possono riassumersi nel modo seguente.

5. La ricorrente, la Überseering BV (in prosieguo: la «Überseering»), è iscritta dal 1990 nel Registro delle imprese di Amsterdam e Harlem come «Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid» (BV)<sup>5</sup>. Nel registro immobiliare tedesco figura come proprietaria di un terreno in Düsseldorf nel quale si trovano una costruzione adibita a parcheggio e un motel.

6. Con un contratto d'opera del 27 novembre 1992, la convenuta, la NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (in prosieguo: la «NCC»), con sede in Germania, si impegnava nei confronti della ricorrente ad effettuare modifiche a questi due immobili. Tali opere venivano effettuate, ma la ricorrente affermava che vi erano difetti nei lavori di pittura. Nel 1995 richiedeva, invano, alla convenuta, di riparare tali vizi.

7. Il 1° gennaio 1995 due privati acquisivano la totalità delle quote sociali della ricorrente. Secondo quanto accertato dall'Oberlandesgericht di Düsseldorf, giudice di appello, a partire dalla data di tale acquisizione la società ha la propria sede amministrativa effettiva in Düsseldorf.

8. Nel 1996 la Überseering conveniva in giudizio la NCC chiedendo il pagamento della somma di DM 1 163 657,77, maggiorata degli interessi, a titolo di spese per la riparazione dei vizi e dei relativi danni. Il Landgericht dichiarava l'azione inammissibile. L'Oberlandesgericht rigettava il ricorso presentato contro la sentenza di primo grado, dichiarando che la ricorrente, in quanto società olandese, non aveva capacità processuale in Germania. In forza dell'art. 50 del codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung*; in prosieguo: la «ZPO»), hanno capacità processuale le persone in possesso della capacità giuridica, la quale, nel caso delle società, si determina secondo il loro stato personale, disciplinato dal diritto dello Stato in cui si trova la loro sede amministrativa principale. Questo succede anche nel caso di una società validamente costituita nei Paesi Bassi la quale trasferisca la propria sede nella Repubblica federale di Germania.

9. La ricorrente presentava ricorso di cassazione (*Revision*) contro tale sentenza nel quale ribadiva le sue richieste di risarcimento danni.

#### Diritto interno applicabile

10. Nel diritto processuale civile tedesco occorre dichiarare l'inammissibilità di qualsiasi ricorso presentato da una persona che, mancando della capacità processuale, non

<sup>5</sup> — Forma tipica, nel diritto olandese, della società a responsabilità limitata.

può costituirsi come parte principale (attore o convenuto) o secondaria (interveniante) in un procedimento giudiziario. Secondo l'art. 50, n. 1, della ZPO hanno capacità processuale le persone dotate di capacità giuridica. Tale norma si applica anche alle società. Di conseguenza, la capacità processuale dipende, secondo il diritto tedesco, dal fatto di possedere la capacità giuridica la quale indica l'attitudine ad essere titolare di diritti ed obblighi.

si riconosca in linea di principio capacità giuridica in Germania, perde tale capacità quando trasferisce la sua sede stabile nella Repubblica federale di Germania. Nella misura in cui è soggetta all'ordinamento giuridico tedesco, non può essere titolare di diritti ed obblighi, né parte in un procedimento giudiziario. Per poter partecipare all'attività giudiziaria dovrà essere sciolta e ricostituita ex novo in modo da poter acquistare la capacità giuridica conformemente al diritto tedesco<sup>6</sup>.

11. Secondo una costante giurisprudenza del Bundesgerichtshof, la questione della capacità giuridica di una società si risolve in base al diritto applicabile nel luogo in cui si trova la sede amministrativa effettiva (la cosiddetta «Sitztheorie», ovvero la teoria della sede). Ciò vale anche allorché una società sia stata validamente costituita in un altro Stato e successivamente la sede amministrativa effettiva sia stata trasferita nella Repubblica federale di Germania. La capacità giuridica ottenuta con la sua costituzione non si mantiene automaticamente in Germania, ma dipende dal fatto che la società continui ad esistere secondo il diritto dello Stato di costituzione e, inoltre, dal fatto che essa abbia capacità giuridica ai sensi del diritto tedesco. L'opinione dominante in dottrina condivide tale interpretazione giurisprudenziale.

13. Come riconosce lo stesso Bundesgerichtshof, la propria giurisprudenza è comunque oggetto di controversia nella dottrina tedesca. Si distinguono principalmente due correnti:

Secondo la prima, i rapporti giuridici di una società, quindi anche la sua capacità, devono essere valutati secondo il diritto dello Stato in cui la società è stata costituita (teoria della costituzione). Tale criterio di collegamento offre il vantaggio di una maggiore precisione e stabilità, il che contribuisce alla certezza del diritto. Inoltre favorisce la mobilità transfrontaliera delle imprese.

Secondo l'altra corrente, lo stato giuridico di una società non va valutato secondo un unico ordinamento, bensì in maniera diffe-

12. Adottare come criterio di collegamento la sede effettiva implica che una società validamente costituita all'estero, alla quale

<sup>6</sup> — Esistono dubbi sul se, invece di procedere ad una nuova costituzione, la società interessata possa limitarsi a procedere ad una trasformazione.

renziata in funzione di diversi criteri. In questo modo, l'esistenza e la capacità giuridica della società, così come i rapporti giuridici tra i soci («relazioni interne») dovrebbero essere disciplinati dal diritto dello Stato di costituzione, mentre le attività della società e la tutela dei suoi creditori («relazioni esterne») dal diritto dello Stato nel quale si trova la sua sede.

nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali».

*«Articolo 48 CE*

**Diritto comunitario applicabile**

14. La controversia principale solleva fondamentalmente dubbi sull'interpretazione degli artt. 43 CE e 48 CE, in combinato disposto con l'art. 293, terzo comma.

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

*«Articolo 43 CE*

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 uno Stato membro.

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».

*«Articolo 293 CE*

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio,

Gli Stati membri avvieranno tra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire,

a favore dei loro cittadini:

stanze, il giudice a quo ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

(...)

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

«1) Se gli artt. 43 e 48 CE debbano essere interpretati nel senso che si pone in contrasto con la libertà di stabilimento delle società, il fatto che la capacità giuridica e la capacità professionale di una società, validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro, vengano valutate sulla base del diritto dello Stato dove la detta società ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva, e che il diritto di quest'ultimo Stato comporta che la società di cui trattasi non può più far valere in giudizio in tale Stato i propri diritti ex contractu.

(...))».

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione:

Se la libertà di stabilimento delle società (art. 43 e 48 CE) implichi che la capacità giuridica e la capacità professionale debbano essere valutate sulla base del diritto dello Stato dove la detta società è stata costituita».

### Questioni pregiudiziali sottoposte

15. Secondo il Bundesgerichtshof, supremo organo giurisdizionale civile, non emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia se, nel caso di trasferimento transfrontaliero della sede di un'impresa, la libertà di stabilimento garantita dagli artt. 43 CE e 48 CE osti a che, per determinare il suo stato personale, si adotti come criterio di collegamento la sede amministrativa effettiva. Date tali circo-

### Procedimento dinanzi alla Corte

16. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta nella cancelleria della Corte il 25 maggio 2000.

17. Oltre ad entrambe le parti nel procedimento principale, hanno presentato osservazioni scritte e orali i governi tedesco, spagnolo e britannico, la Commissione e l'Autorità di vigilanza dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA). Il governo italiano ha presentato solo osservazioni scritte, mentre quello olandese ha solo partecipato all'udienza tenutasi la mattina del 16 ottobre 2001.

18. La ricorrente, unitamente ai governi del Regno Unito e olandese e alla Commissione, si è pronunciata a favore di una risposta affermativa ad entrambe le questioni, mentre l'Autorità di vigilanza dell'EFTA si è pronunciata allo stesso modo riguardo alla prima questione. Le altre parti hanno sostenuto la soluzione contraria.

### Analisi delle questioni pregiudiziali

19. Occorre, in un primo momento, determinare il quadro giurisprudenziale in cui si pongono le questioni pregiudiziali sottoposte dal Bundesgerichtshof. Una volta determinati i pertinenti principi di applicazione generale, occorre esaminare il modo di applicarli al caso di specie.

### *La delimitazione dei criteri giurisprudenziali applicabili*

20. Le parti hanno concentrato i loro argomenti, a mio parere giustamente sulle sentenze 27 dicembre 1988, Daily Mail e General Trust PLC<sup>7</sup> e 9 marzo 1999, Centros, sopra menzionata.

21. La sentenza Daily Mail aveva un particolare contesto giuridico. Il diritto commerciale inglese in vigore al momento dei fatti prevedeva che una società costituita ai sensi della legislazione britannica e con sede legale (*registered office*) nel Regno Unito poteva trasferire la sua sede della direzione e dell'amministrazione centrale in un altro paese senza perdere la sua nazionalità.

Soggetti passivi dell'imposta sulle società erano quelle imprese la cui sede della direzione (*residence*) si trovava in territorio britannico. La normativa fiscale vietava pertanto che le società il cui domicilio fiscale si trovava nel Regno Unito, trasferissero la loro sede della direzione all'estero senza previa autorizzazione del Ministro delle finanze.

22. In vista di un'importante operazione di ristrutturazione, la Daily Mail voleva tra-

<sup>7</sup> — Causa 81/87, Racc. pag. 5483 (in prosieguo: la «sentenza Daily Mail»).

sferire la propria sede della direzione nei Paesi Bassi per ottenere sostanziali vantaggi fiscali e ha chiesto, invano, l'autorizzazione necessaria.

In corso d'impugnazione di tale diniego è stata sollevata la questione pregiudiziale. La Corte di giustizia ha dichiarato che quelli che sono oggi gli artt. 43 CE e 48 CE, allo stato in cui si trovava il diritto comunitario, non attribuivano ad una società, costituita secondo le leggi di uno Stato membro e ed avente nello stesso la sede legale, il diritto di trasferire in altro Stato membro la sede della direzione.

23. Per giungere a tale conclusione, la Corte di giustizia ha considerato il fatto che la libertà di stabilimento osta a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione<sup>8</sup>. Ha dichiarato inoltre che, diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento<sup>9</sup>.

24. Una volta accertato che, nonostante l'invito espresso chiaramente nell'attuale art. 293 CE, non era stata adottata alcuna disposizione comunitaria in materia, la Corte di giustizia ha dichiarato che, secondo il Trattato, la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società (sede

sociale, amministrazione centrale o centro di attività principale) nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie<sup>10</sup>.

25. I termini di quest'ultima affermazione sono particolarmente chiari ed incondizionati. Volendo rifarsi unicamente allo stato attuale della giurisprudenza, bisognerebbe probabilmente risolvere negativamente la prima questione pregiudiziale sottoposta<sup>11</sup>.

26. Ciononostante, talune delle parti, tra le quali la Commissione, si sono adoperate per minimizzare, rispetto al caso di specie, gli effetti delle affermazioni contenute nella sentenza *Daily Mail*. Basandosi sui fatti alla base di quella controversia principale e su un principio di tutela rafforzata della libertà di stabilimento da parte dello Stato membro di accoglienza, cercano di ridurre la portata di tale sentenza ad un mero riconoscimento del fatto che solo lo Stato membro d'origine ha la facoltà di stabilire la normativa sulla costituzione e l'esistenza giuridica delle società conformemente alle norme di conflitto applicabili.

8 — Sentenza *Daily Mail*, punto 16.

9 — *Ibidem*, punto 19.

10 — *Ibidem*, punto 23.

11 — V., in questo senso, P. Behrens; op. cit., pag. 323.

Si tratta di un'interpretazione volontarista ma errata: non solo dalla sentenza non si può dedurre la diversa graduazione dell'intensità della tutela a seconda che sia lo Stato di origine o di accoglienza a concederla, ma inoltre non è aderente a quanto dichiarato nel punto 23 limitare la sua efficacia al riconoscimento di una determinata competenza legislativa esclusiva.

29. Sono d'accordo con le parti quando, a tal riguardo, affermano unanimemente che i progressi registrati nel ravvicinamento delle legislazioni in materia di società non hanno avuto incidenza sui problemi relativi al trasferimento transfrontaliero della sede, formale o effettiva, di una persona giuridica. Non si è avuta quindi una rilevante evoluzione legislativa.

Al contrario, sempre secondo quanto affermato nel suddetto punto 23, le norme comunitarie relative alla libertà di stabilimento non incidono (ovvero non incidevano allora) sulla facoltà degli Stati membri di definire i criteri di determinazione dello statuto delle persone giuridiche, nonché le questioni relative al trasferimento della sede, legale o effettiva, da uno Stato membro all'altro.

30. Questo non è il caso per quanto riguarda l'attività giurisprudenziale. Anche su questo punto le parti sono d'accordo, nonostante non traggano le stesse conclusioni dalle modifiche che segnalano.

31. Emerge naturalmente, come principale riferimento, la già citata sentenza Centros del 9 marzo 1999.

27. Occorre tuttavia ricordare che quanto stabilito nella sentenza Daily Mail valeva unicamente «nello stato in cui il diritto comunitario si trovava (allora)». Tale riserva denota la preoccupazione per la disparità normativa, testimoniata da parte del primo legislatore in quello che è oggi l'art. 293 CE, che invita gli Stati membri a ridurre tale disparità «per quanto occorra».

28. Bisogna di conseguenza analizzare se a partire da allora si siano prodotte modifiche sostanziali nella situazione giuridica che permettano una nuova valutazione.

La questione allora riguardava la compatibilità con le norme relative alla libertà di stabilimento del diniego di iscrizione, nel corrispondente registro di uno Stato membro, di una succursale di una società estera comunitaria, costituita conformemente alla normativa di un altro Stato membro allo scopo di esercitare tutta la propria attività nel paese di stabilimento della succursale. Il giudice danese del rinvio ha ritenuto inoltre che il metodo utilizzato fosse diretto ad eludere gli obblighi, più gravosi, previsti per la costituzione di una società in Danimarca.



32. La Corte di giustizia ha svolto un ragionamento in tre fasi successive, distinguendo all'inizio tra a) la questione dell'applicazione delle norme relative alla libertà di stabilimento e b) le misure che uno Stato membro può adottare per impedire che, ricorrendo alle possibilità offerte dal Trattato, vengano eluse illegittimamente talune norme nazionali (prevenzione dell'abuso del diritto), aggiungendo c) alcune considerazioni sul concorso delle ragioni addotte dalle autorità danesi (ragioni imperative di interesse generale).

33. In primo luogo quindi ha accertato l'esistenza di un ostacolo a tale libertà fondamentale.

In tale ottica, le è stato sufficiente ricordare che il diritto al libero stabilimento si estende alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità (stabilimento primario), da cui consegue che queste società hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro mediante un'agenzia, succursale o filiale (stabilimento secondario), servendo la localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il

loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato membro<sup>12</sup>.

Ha rigettato poi l'argomento secondo cui il diniego d'iscrizione della succursale potesse essere una misura destinata ad impedire l'abuso del diritto di stabilimento, nel senso di cui alla giurisprudenza Van Binsbergenn<sup>13</sup>. Ha ritenuto invece che il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro, in particolare di quello le cui norme di diritto societario siano meno severe, e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato<sup>14</sup>.

Infine la Corte di giustizia si è chiesta se la prassi nazionale controversa potesse giustificarsi in base a motivi imperativi d'interesse generale. Le autorità danesi ne avevano fatti valere due: la tutela dei creditori pubblici (come l'erario o la previdenza sociale) e la tutela generica dei creditori

12 — Ibidem, punti 19 e 20. In relazione a questa stessa causa l'avvocato generale La Pergola ha dedotto dagli artt. 43 CE e 48 CE il diritto di costituire società in conformità alla legislazione di uno Stato membro per operare in quello stesso Stato ovvero, *ad equal titolo, in qualsiasi altro Stato membro*; la società di nuova costituzione ha il diritto di stabilirsi — in via principale ed, eventualmente, anche secondaria — dovunque essa preferisca nell'ambito comunitario (conclusioni 16 luglio 1998, Racc. pag. I-1461, paragrafo 20). Non deve sorprendere che lo stesso avvocato generale ammettesse di propugnare l'applicazione della dottrina «Cassis de Dijon» sul mutuo riconoscimento alla mobilità delle società (ibidem, punto 20).

13 — Sentenza 3 dicembre 1974, causa 33/74, Van Binsbergen (Racc. pag. 1299, punto 13).

14 — Punto 27 della sentenza Centros.

tramite l'obbligo di un capitale sociale iniziale minimo. La Corte di giustizia ha ricordato le condizioni applicabili a tale tipo di misure restrittive stabilite nella sentenza 30 novembre 1995, Gebhard<sup>15</sup>, e ha ritenuto che non fossero soddisfatte nel caso di specie<sup>16</sup>.

34. Il ragionamento della sentenza Centros è di una piacevole semplicità: applica, letteralmente, le disposizioni degli artt. 43 CE e 48 CE. Tale presa di posizione conforme all'interpretazione tradizionale delle libertà fondamentali contenute nel Trattato le quali, una volta trascorso il periodo transitorio, esercitano un'efficacia diretta o immediata.

Della sentenza Centros mi interessa sottolineare i due seguenti elementi: un'omissione e una menzione.

35. L'omissione significativa è costituita dall'assenza di qualsiasi riferimento

15 — Causa C-55/94 (Racc. pag. I-4165; in prosieguo: la «sentenza Gebhard», punto 37), secondo cui i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.

16 — In generale, la prassi nazionale non era volta a raggiungere l'obiettivo di tutela dei creditori poiché, se la Centros avesse svolto un'attività nel Regno Unito, la sua succursale sarebbe stata registrata in Danimarca, senza che migliorasse la posizione dei creditori danesi. Inoltre la Centros si presentava agli operatori come una società di diritto inglese, e non di diritto danese. In relazione con i creditori pubblici, una misura meno severa del diniego di iscrizione consisterebbe nel concedere ad essi la possibilità legale di costituire le garanzie necessarie. Infine, nulla impedirebbe alle autorità danesi di adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi (punti 34-38 della sentenza Centros).

all'art. 293 CE, nonché alla sentenza Daily Mail, che a tale articolo si ispirava. Neppure l'avvocato generale affronta tale questione nelle sue conclusioni e non sembra che le parti lo abbiano fatto nelle loro osservazioni.

36. Esiste una prima ovvia spiegazione: il fatto che nella causa Centros la questione esaminata riguardava l'apertura di una succursale e non il trasferimento di una qualsiasi sede sociale. Questa tesi peccerebbe tuttavia di un'eccessivo formalismo, ignorerebbe che per sede può intendersi, non solo quella statutaria, bensì quel luogo in cui si svolge l'amministrazione effettiva e distinguerebbe, senza un chiaro fondamento, un diritto di stabilimento primario, molto condizionato, da un diritto di stabilimento secondario praticamente illimitato<sup>17</sup>. Inoltre, alla Corte di giustizia non può essere sfuggito il fatto che affermare una libertà talmente ampia per creare succursali (che, francamente, hanno poco a che vedere con vere succursali, nel senso proprio del termine, dal momento che possono concentrare in esse la totalità delle attività sociali)<sup>18</sup>, permetterebbe di eludere la normativa in materia di trasferimento transfrontaliero della sede, formale o reale, di una società, che, in mancanza di armo-

17 — Anche se l'esercizio della libertà di stabilimento primaria possa danneggiare gli Stati membri in misura maggiore della secondaria, dal momento che la sede, reale o statutaria, costituisce l'elemento di connessione per l'applicazione della normativa fiscale o di controllo amministrativo. V., in tal senso, Zimmer, D: op. cit., pag. 33, e; anche se più critico, Steindorff, E.: op. cit., pag. 1141. Tali considerazioni non si riflettono tuttavia nei testi delle sentenze né trovano riscontro nel Trattato.

18 — Questo è quanto sostiene R. Freitag: Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1999, vol. 9, pag. 267, soprattutto pag. 268.

nizzazione, è di competenza degli Stati membri<sup>19</sup>. L'invito delle autorità danesi ad escludere dalle prerogative del diritto di stabilimento i casi in cui l'unico scopo è quello di aggirare una determinata normativa, deve aver spinto la Corte di giustizia ad analizzare tale possibile forma di elusione, in questo caso della propria giurisprudenza, con riguardo alla sentenza Daily Mail. Ciononostante la Corte di giustizia è partita dall'ipotesi che, per ciò che riguarda il diritto comunitario, la Centros voleva esercitare la forma secondaria di libertà di stabilimento<sup>20</sup>.

37. La seconda spiegazione consisterebbe nel sottolineare le differenze tra i presupposti di fatto delle rispettive controversie principali. Così, le condizioni della sentenza Daily Mail varrebbero solo in rapporto con la capacità dello Stato di *origine* di restringere la libertà di stabilimento delle società costituite conformemente al suo diritto, mentre la sentenza Centros riguarderebbe gli ostacoli che potrebbe opporre lo Stato di *accoglienza*. Oppure, che la prima avrebbe come sfondo una controversia di diritto fiscale, mentre l'oggetto della seconda rientrerebbe all'interno del diritto societario. Tali distinzioni mi sembrano artificiali per giustificare soluzioni giurisprudenziali differenti. Non si fondano comunque su nessuna dichiarazione espressa contenuta nelle sentenze.

19 — V. punto 23 della sentenza Daily Mail.

20 — Tale omissione può voler dire che il giudice comunitario sottintende che non vi è differenza di regime tra le manifestazioni primaria e secondaria della libertà di stabilimento. In tal senso, P. Behrens: op.cit., pag. 327.

38. La terza spiegazione possibile vedrebbe nella sentenza Centros il superamento della dottrina Daily Mail, almeno nell'ambito delle conseguenze giuridiche pratiche: ad una società che volesse stabilire la propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro basterebbe chiedere l'iscrizione di una succursale. I postulati della sentenza Daily Mail servirebbero allora solo per evitare che lo Stato d'origine, secondo il cui diritto è stata costituita la società, possa perdere un certo controllo sull'ente giuridico, il quale resta una finzione creata da tale diritto. Il controllo comprenderebbe, per esempio, la determinazione del criterio di connessione per l'assoggettamento ad un obbligo tributario, come nel caso Daily Mail, oppure, in generale, per l'esercizio del controllo amministrativo.

Riconosco che tale interpretazione spinge a non tener conto di alcune affermazioni pronunciate in tale sentenza in termini molto ampi, in particolare al punto 23<sup>21</sup>.

39. A mio parere, si tratterebbe piuttosto di *completare* tale decisione: le questioni relative alla definizione del criterio di connessione determinante della *lex societatis*, così come i problemi derivanti dal trasferimento transfrontaliero della sede di una società venivano e vengono disciplinati, in mancanza di armonizzazione, dagli ordinamenti degli Stati membri, i quali, cionono-

21 — V. supra, punto 24.

stante, *dovranno rispettare il diritto materiale di origine comunitaria*<sup>22</sup>.

40. Alla luce di ciò, il diritto europeo continua a non incidere direttamente sulla capacità degli Stati membri di organizzare liberamente le rispettive norme di conflitto, salvo imporre il rispetto dei suoi principi.

41. La nota significativa contenuta nella sentenza *Centros* è l'introduzione, in materia di libertà di stabilimento delle società, dei criteri generali per valutare la compatibilità con le norme del Trattato delle restrizioni ad una libertà fondamentale, che la Corte di giustizia ha enunciato nella sentenza 31 marzo 1993, *Kraus*<sup>23</sup>, e concretizzato nella sentenza *Gebhard* sopra menzionata.

42. L'inclusione di tale tipo di esame suppone il riconoscimento dell'efficacia immediata delle norme sul libero stabilimento relativamente al movimento delle società, il che, a sua volta, implica l'abbandono oppure, in ogni caso, la relativizzazione della riserva di cui all'art. 293 CE<sup>24</sup>.

Tale scelta è corretta dal punto di vista di un'integrazione europea dinamica e trova sostegno nella formulazione della disposizione. Contrariamente a quanto dispone l'art. 295 CE («Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato [...]») che senza dubbio esclude dall'applicazione del Trattato la normativa relativa alla titolarità dei mezzi di produzione<sup>25</sup>, l'art. 293 CE contiene solo un invito agli Stati membri ad avviare negoziati, e, per di più, solo per quanto occorra. Pertanto, l'art. 293 CE non è equiparabile ad una vera e propria riserva di legge ma assomiglia piuttosto ad un ammonimento diretto agli Stati membri affinché appianino gli inevitabili problemi che sorgono dalla disparità normativa in materia di riconoscimento reciproco delle società, di mantenimento della loro personalità giuridica nel caso di trasferimento transfrontaliero della sede e di fusione. Come tale, un ammonimento non può contrastare con la virtualità di una delle libertà fondamentali.

43. Ritengo quindi che l'ambito giurisprudenziale esistente permetta di analizzare la compatibilità con il Trattato delle restrizioni aventi ad oggetto, o per effetto, di limitare l'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle persone giuridiche sulla base dell'art. 48 CE, secondo le linee direttrici definite dalla Corte di giustizia, ovvero, che esse non siano di per sé discriminatorie, che siano giustificate da ragioni imperative di interesse generale, e

22 — V., in tal senso, J. Wouters: pagg. 122 e segg.

23 — Causa C-19/92 (Racc. pag. I-1663, punto 34).

24 — Del resto già affermato seppure in modo incidentale, nella sentenza 10 luglio 1986, causa 79/85, *Segers* (Racc. pag. 2375, punto 16).

25 — V., in tal senso, le conclusioni riunite da me presentate nelle cause C-367/98, *Commissione/Portogallo*, C-483/99, *Commissione/Francia*, e C-503/99, *Commissione/Belgio*, paragrafo 39 e segg. (Racc. pag. I-4731, in particolare pag. I-4733).

che siano adeguate e proporzionate per raggiungere lo scopo perseguito.

Come avviene in altre discipline giuridiche, tale tipo di analisi — strettamente comunitaria — non può pretendere di configurare il diritto nazionale e, in particolare, il diritto internazionale privato. Ora, la normativa nazionale risultante deve essere interpretata conformemente al diritto comunitario o, altrimenti, rispondere ai criteri giustificativi delle restrizioni imposte per ragioni imperative d'interesse generale.

#### *Esame della prima questione pregiudiziale*

44. Con la prima questione pregiudiziale, di ambito più ristretto della seconda, il Bundesgerichtshof intende sapere in sostanza se il diritto comunitario osti ad una normativa nazionale che impedisce ad una società validamente costituita secondo la normativa di uno Stato membro di far valere diritti contrattuali dinanzi agli organi giurisdizionali di un altro Stato membro, in quanto in quest'ultimo si trova la sua sede amministrativa effettiva.

45. Tale mancanza di legittimazione attiva si spiega, secondo il Bundesgerichtshof, per il fatto che la capacità giuridica e la capacità processuale della società verrebbero valutate ai sensi del diritto dello Stato

membro nel quale la società ha stabilito la propria sede amministrativa effettiva e per il fatto che tale diritto, non conoscendo questa figura societaria straniera, sarebbe obbligato a negarle il riconoscimento. Alla società interessata rimarrebbe solo la possibilità di dissolversi e ricostituirsi ex novo ai sensi del diritto dello Stato di accoglienza.

46. Ritengo preferibile tuttavia attenersi all'espressione più oggettiva del problema sottoposto, per evitare una pronuncia su una materia la cui interpretazione spetta al diritto nazionale: l'ordinamento tedesco nega la legittimazione processuale alle società straniere la cui sede reale si trovi, conformemente a questo stesso diritto, sul suo territorio.

Infatti, da un lato, non credo che le norme tedesche trovino una facile collocazione in un'eventuale interpretazione autonoma comunitaria delle nozioni di capacità giuridica o di capacità processuale, in quanto, oltre a negare la legittimazione attiva alle società la cui vera sede non si trovi nello Stato di costituzione, accettano per gli stessi casi — secondo quanto spiegato dalla Überseering dinanzi alla Corte di giustizia — la loro legittimazione passiva<sup>26</sup>. Inoltre, lo stesso giudice nazionale, che nella sua ordinanza di rinvio

26 — In un altro procedimento il Landgericht di Düsseldorf ha condannato la Überseering al pagamento degli onorari degli architetti che hanno collaborato alla realizzazione dei lavori, con iscrizione preventiva di un'ipoteca sui beni immobili che la ricorrente nella causa principale possiede in Germania secondo quanto dichiarato dalla Überseering e non contestato.

definisce la capacità giuridica come l'attitudine ad essere soggetto di diritti ed obblighi, ammette che la Überseering è titolare di un immobile<sup>27</sup>. Si produrrebbe, così, uno smembramento concettuale estraneo alla concezione classica della capacità giuridica, e che sembra piuttosto corrispondere ad un meccanismo dissuasorio o sanzionatorio.

Infine, possono aversi interpretazioni divergenti in relazione alla collocazione precisa del presupposto causale, ossia, il trasferimento della sede amministrativa<sup>28</sup>, oppure in relazione ai criteri per valutare l'effettività di tale trasferimento.

D'altro lato, non è neppure inconcepibile che l'adozione della teoria della sede effettiva possa non produrre inevitabilmente le drammatiche conseguenze che ne deriverebbero secondo il diritto tedesco<sup>29</sup>.

Per questi motivi, sembra più prudente evitare qualsiasi qualificazione giuridica

del diritto interno e considerare la normativa nazionale in causa come un'ipotesi di restrizione della capacità processuale di una società che cerca di evitare una certa attività sociale principale in uno Stato diverso da quello in cui è stata costituita.

47. Tale restrizione è in linea di principio incompatibile con la libertà di stabilimento enunciata dal Trattato, senza che, come ho già affermato in precedenza, da quanto disposto nell'art. 293 CE possa essere dedotto il contrario.

48. Occorre, pertanto, verificare se la restrizione soddisfi le ulteriori condizioni enunciate dalla giurisprudenza.

49. A differenza di quanto hanno affermato alcune delle parti, la misura non è di per sé discriminatoria. Una società costituita ai sensi del diritto tedesco che avesse trasferito la propria sede amministrativa in un altro Stato membro sarebbe stata trattata allo stesso modo. In ogni caso, tale trasferimento avrebbe pregiudicato la sua capacità giuridica, intesa secondo il diritto tedesco<sup>30</sup>.

27 — V. supra, punto 5.

28 — In udienza, i governi dei Paesi Bassi e del Regno Unito concordarono sul fatto che un caso come quello in questione sarebbe qualificabile ai sensi del loro ordinamento come creazione di una succursale.

29 — In questo senso, J. Wouters: op. cit., pag. 132. Si potrebbe pensare, ad esempio, all'applicazione a tale società di determinate norme imperative previste per la corrispondente forma sociale dal diritto interno.

30 — V., a tal proposito, la questione pregiudiziale sottoposta nella causa C-86/00, HSB Wohnbau GmbH, risolta con un'ordinanza di irricevibilità del 10 luglio 2001 (non agendo l'organo del rinvio con carattere giurisdizionale), al cui punto 7 si afferma che, secondo la legge tedesca «una società esiste dal punto di vista giuridico solo quando possiede il suo domicilio sociale effettivo nel paese secondo il cui diritto è stata costituita. Da tale punto di vista il trasferimento all'estero del domicilio sociale di una società comporta necessariamente la sua dissoluzione e liquidazione, ossia, in particolare, la perdita della sua personalità giuridica in Germania e la costituzione di una nuova società all'estero».

50. Dall'ordinanza di rinvio deriva che la teoria della sede, così come applicata in Germania, serve a tutelare i diritti dei creditori (attraverso la necessità di un capitale sociale minimo versato e con norme relative alle modalità di disposizione di esso), delle società dipendenti e degli azionisti di minoranza (la presa in considerazione dei loro interessi viene rafforzata richiedendo maggioranze qualificate o disponendo un risarcimento o una compensazione in determinate circostanze) e dei lavoratori (attraverso l'obbligo della coesione dell'impresa alle condizioni fissate dalla legge). Il governo tedesco aggiunge la tutela degli interessi del fisco (riducendo i casi di doppia imposizione passiva).

Tali motivi devono considerarsi ragioni imperative di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>31</sup>.

51. Resta da verificare se la misura debba ritenersi adeguata e proporzionata agli obiettivi che persegue.

52. In questo caso la risposta è negativa. L'accorgimento di negare la legittimazione attiva ad una società validamente costituita

31 — V., in relazione alla difesa dei creditori sociali, sentenza 16 marzo 1999, causa C-222/97, Manfred Trummer e Peter Mayer (Racc. pag. I-1661, punto 30), così come, implicitamente, sentenza Centros (citata, punto 35), e, in relazione alla tutela dei diritti dei lavoratori, per tutte, sentenza 17 dicembre 1981, causa 279/80, Webb (Racc. pag. 3305, punto 19).

in un altro Stato membro non è adeguato a raggiungere gli obiettivi legittimi che intende perseguire e va certamente oltre quanto necessario per il raggiungimento di tali obiettivi.

53. La Corte di giustizia ha già avuto occasione di relativizzare la tutela che può derivare, per i creditori di una società, dall'esigenza di un capitale sociale minimo versato<sup>32</sup>. In quanto al resto, non è stato esaminato se la Überseering offrisse effettivamente minori garanzie per i creditori. Infine, è evidente che il diniego di legittimazione attiva, che impedisce di far valere dinanzi ad un Tribunale diritti nei confronti di terzi, sembra operare in favore dei suoi debitori piuttosto che dei creditori della società.

54. Nessuno degli altri tre interessi assertivamente tutelati dalla misura in questione è stato esplicitato in modo tale da dover essere preso in considerazione.

Non sono stati precisati i diritti dei soci di minoranza che avrebbero dovuto essere oggetto di tutela, e neppure risulta che la Überseering detenga tali partecipazioni oppure che il diritto vigente non offra loro

32 — V. punto 35 della sentenza Centros e, soprattutto, paragrafo 21 delle conclusioni dell'avvocato generale.

un livello di tutela equivalente. Inoltre, come nel caso dei creditori, il diniego di legittimazione attiva della società non costituisce un vantaggio per i soci di minoranza.

Dal dibattito dinanzi a questa Corte emerge che la cogestione è applicabile ad imprese con più di duemila lavoratori e nulla suggerisce, semmai il contrario, che il trasferimento del centro direzionale della ricorrente nel procedimento principale abbia danneggiato un numero così rilevante di lavoratori salariati.

Il governo della Repubblica federale di Germania non ha chiarito quali disposizioni fiscali sarebbero state aggirate dalla Überseering attraverso l'esercizio dei suoi diritti dinanzi agli organi giurisdizionali tedeschi<sup>33</sup>.

55. Per poco adeguata che si ritenga la misura allo scopo di raggiungere gli obiettivi dichiarati, la sua incompatibilità con il Trattato risulta, con particolare chiarezza, dall'esame della proporzionalità del diniego di legittimazione processuale attiva.

33 — Come ha indicato il rappresentante dell'Autorità di vigilanza dell'EFPA, l'installazione in Germania della Überseering potrebbe, al contrario, essere vantaggiosa per il fisco tedesco, in quanto possibile soggetto passivo di obblighi tributari locali.

Il governo tedesco, in udienza, ha insistito su un punto al quale si era riferito marginalmente nelle sue osservazioni scritte: la possibilità che una società nella situazione in cui si trova la Überseering continui a far valere i suoi diritti dinanzi a un giudice come entità priva di personalità giuridica. La sua esposizione, già di per sé poco chiara, è stata contraddetta dagli avvocati delle parti del procedimento principale, i quali hanno offerto ognuno una spiegazione differente di tale meccanismo e delle sue conseguenze giuridiche.

In tale contesto, la Corte di giustizia non dispone di elementi sufficienti per valutare se la Überseering, o qualsiasi altra società nelle stesse circostanze, possa far valere una pretesa dinanzi a un giudice e a quali condizioni. Ciò che invece sembra pacifico è che una società nel caso di specie non potrebbe presentarsi in giudizio conservando la sua personalità giuridica separata.

Occorre pertanto attenersi ai termini della questione pregiudiziale, così come è stata presentata dal supremo organo giurisdizionale civile in Germania, da cui si deduce che la sanzione prevista dall'ordinamento di quel paese consiste nel fatto che la società interessata «non può più far valere in giudizio (...) i propri diritti ex contractu»<sup>34</sup>.

34 — Per il resto, emerge dagli atti che la mancanza di legittimazione si estende a pretese sorte da altre fonti distinte del contratto.



56. Una tale misura implica, in pratica, un ostacolo considerevole alla libertà di stabilimento delle società.

di un fine legittimo e trovarsi in un ragionevole rapporto di proporzionalità rispetto a tale fine<sup>39</sup>.

57. La misura comporta un vero e proprio spoglio del capitale giuridico di una società validamente costituita in conformità con la legislazione di uno Stato membro. Costituisce in ogni caso, una grave ingerenza nel diritto fondamentale alla tutela giudiziale stabilito all'art. 6, n. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo: la «Convenzione»). Interpretando questa disposizione, già nella sentenza 21 febbraio 1975, causa *Golder/Regno Unito*<sup>35</sup>, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva dichiarato che l'accesso alla giustizia civile costituisce un corollario della preminenza del diritto, principio che, a sua volta, forma parte del patrimonio spirituale comune ai paesi europei<sup>36</sup>. È vero che, per la sua stessa natura, e come succede con molti altri diritti fondamentali, quello della effettiva tutela giudiziale non ha carattere assoluto<sup>37</sup>. Nella sentenza 28 maggio 1985, *Ashingdane/Regno Unito*<sup>38</sup>, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto ciononostante che le restrizioni non possono pregiudicare l'essenza stessa del diritto, devono essere giustificate dalla ricerca

Così le istituzioni di Strasburgo hanno ammesso la compatibilità con la Convenzione di misure che assoggettavano le azioni giudiziali ad un determinato termine di presentazione<sup>40</sup>, oppure ad un esame sommario delle loro possibilità di successo<sup>41</sup>, oppure che richiedevano la costituzione di una *cautio iudicatum solvi*<sup>42</sup>. In nessuno di questi casi viene violata l'essenza del principio, bensì si regola il suo esercizio secondo modalità ragionevoli. Si è anche ammesso che la normativa nazionale possa applicare misure restrittive *intuitu personae*. Si tratta di ipotesi classiche nelle quali l'ordinamento tollera l'esercizio limitato della capacità giuridica o processuale, come avviene con i minori<sup>43</sup>, le controparti non autorizzate<sup>44</sup>, i prigionieri<sup>45</sup> oppure i falliti<sup>46</sup>. In nessuna di tali categorie rientra il caso di specie. Si rilevi inoltre che, anche

39 — *Ibidem*, punto 57

40 — Parere della Commissione europea dei diritti dell'uomo 6 ottobre 1982, causa n. 9707/82, *X/Svezia (Décisions et rapports 33, pag. 223)*.

41 — Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Ashingdane/Regno Unito*, citata, punto 59.

42 — Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 13 luglio 1995, *Tolstoy Miloslavsky/Regno Unito (Serie A n. 316-B)*.

43 — V. sentenza *Golder/Regno Unito*, citata.

44 — Decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo sull'ammissibilità, 2 dicembre 1985, causa n. 11559/85, *H/Regno Unito (Décisions et rapports 45, pag. 281)*.

45 — Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 28 giugno 1984, *Campbell e Fell/Regno Unito (Serie A, n. 80)*.

46 — Decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo sull'ammissibilità, 4 maggio 1987, causa n. 12040/86, *M/Regno Unito (Décisions et rapports n. 52, pag. 269)*.

35 — Serie A, n. 18.

36 — *Ibidem*, punto 34.

37 — *Ibidem*, punto 38.

38 — Serie A, n. 93

in tali ipotesi, era stato solo limitato — mai soppresso — il diritto di rivolgersi ad un giudice, assoggettandolo, in linea di principio, all'ottenimento di una previa autorizzazione di un rappresentante dell'interesse pubblico.

emanano, a loro volta, i principi generali del diritto comunitario.

58. In relazione ad imprese commerciali, il cui principale patrimonio si compone di pretese nei confronti di terzi, la privazione della legittimazione attiva può anche costituire una seria restrizione del diritto al libero godimento della proprietà privata, tutelato dall'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione, nonché ad un diniego di un diritto ad un ricorso effettivo, in contrasto con quanto previsto all'art. 13 della Convenzione.

59. La stessa idea si impone alla luce degli artt. 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) e 17 (diritto di proprietà) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, la quale, pur non costituendo un vero e proprio *ius cogens*, mancando dell'«autonomo valore vincolante»<sup>47</sup> offre una preziosissima fonte del comune denominatore dei valori giuridici primordiali negli Stati membri, da cui

60. Da ultimo, la Corte di giustizia ha riconosciuto il carattere capitale del diritto alla tutela giuridica in ambito comunitario<sup>48</sup>.

61. Di conseguenza può affermarsi che il diniego di legittimazione processuale attiva ad una persona giuridica validamente costituita conformemente ad uno degli ordinamenti degli Stati membri costituisce una grave restrizione di un diritto fondamentale. Il test di proporzionalità richiede, per essere superato, che nell'altro piatto della bilancia vi sia un'esigenza assolutamente imperativa di tutela di un interesse pubblico. Orbene, è sufficiente rilevare che non sono stati apportati elementi tali da far emergere una necessità sociale di tale portata. Come da me già accertato in sede di esame di conformità, l'ordinamento tedesco non prevede, dinanzi ad una sanzione talmente grave, nessuna concreta valutazione del rischio. I beni giuridici che la misura vuole tutelare, o meglio, il rischio al quale possono risultare soggetti tali interessi per il fatto che una società non abbia la propria sede amministrativa centrale nello Stato nel quale è stata fondata non possono essere comparati con la gravità della sanzione imposta.

47 — Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano 8 febbraio 2001, causa C-173/99, BECTU (Racc. pag. I-4883, in particolare pag. I-4890), paragrafo 27.

48 — V., tra le altre, sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston (Racc. pag. 1651, punto 18), e 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens (Racc. pag. 4097, punto 14).

62. Occorre, date tali circostanze, dichiarare che gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una misura nazionale consistente nel negare la legittimazione processuale attiva ad una società per il fatto che la propria sede amministrativa centrale si trova in uno Stato membro diverso da quello nel quale è stata costituita.

*Esame della seconda questione pregiudiziale*

63. La seconda questione, formulata dal Bundesgerichtshof nel caso in cui la prima, come suggerisco, venisse risolta positivamente, ha una portata più ampia per il suo carattere astratto. Si tratta di verificare se i principi che reggono la libertà di stabilimento richiedano che la capacità giuridica e la capacità processuale delle società siano valutate sempre conformemente al diritto dello Stato in cui sono state costituite.

64. Non è di immediata evidenza l'utilità addizionale che la soluzione di tale seconda questione possa avere al momento di risolvere il problema di interpretazione del diritto comunitario pendente dinanzi al giudice nazionale. Se, come da me suggeri-

to, la Corte di giustizia decide che la sanzione consistente nella privazione della legittimazione attiva non è né adeguata, né proporzionata agli scopi perseguiti e quindi non è giustificata da ragioni imperative di interesse generale, è indifferente quale sia il percorso esatto che, in applicazione delle diverse norme di conflitto del diritto tedesco, il giudice nazionale ha seguito per valutare, in applicazione del diritto interno, la fondatezza della sanzione.

65. Non spetta al giudice comunitario entrare in disquisizioni proprie del diritto nazionale. Ribadisco che il problema da considerare, dal punto di vista del diritto comunitario, è quello della giustificazione di una misura restrittiva di una libertà fondamentale alla luce di presunte ragioni imperative di interesse generale.

66. Viste le premesse su cui ci si è basati per risolvere la prima questione, non ritengo necessario risolvere la seconda.

Ciò vuol dire che la stessa soluzione si imporrebbe se il mancato riconoscimento della legittimazione processuale non fosse la conseguenza della mancanza di riconoscimento della capacità giuridica, bensì il

risultato dell'applicazione di una norma imperativa.

67. Tale posizione mi sembra tanto più auspicabile in quanto permette di evitare pronunce arrischiate, senza che venga meno la cooperazione che ci si può attendere dal giudice comunitario nella soluzione del problema sottoposto.

68. Da un lato, risolvere questa seconda questione presuppone integrare in una teoria autonoma comunitaria le particolarità del diritto tedesco, nella misura in cui si accettasse — cosa quanto meno discutibile — che il diniego di legittimazione attiva derivi integralmente dalla mancanza di riconoscimento della capacità giuridica e della capacità processuale. Credo che sarebbe possibile, al contrario, ricomprendere tale diniego tra le prerogative di cui dispone l'ordinamento per sanzionare condotte scorrette allo scopo di tutelare determinati beni giuridici.

69. D'altro lato, allorché lo Stato membro di costituzione è anche quello nel quale la società possiede la propria sede statutaria,

la Corte di giustizia sarebbe costretta ad optare per uno dei criteri di connessione che, in mancanza di ogni evoluzione normativa, devono considerarsi ugualmente validi ai sensi dell'art. 48 CE, ossia, quello della sede sociale dell'entità considerata, quello della sua amministrazione centrale o quello del suo centro di attività principale. Se il Trattato non ha espresso alcuna preferenza, non spetta al giudice farlo<sup>49</sup>. In mancanza di armonizzazione, gli Stati membri restano liberi di organizzare — e gli organi giurisdizionali nazionali di interpretare — le proprie norme di diritto internazionale privato in materia, che devono comunque, riguardo ai loro effetti pratici, rispettare i requisiti del diritto comunitario.

70. In subordine, nel caso in cui la Corte di giustizia ritenesse utile dare una soluzione a questa seconda questione pregiudiziale, o perché ritiene che ciò faciliterebbe al giudice nazionale la soluzione della questione, o perché ritiene adeguato fissare un principio, propongo che, per i motivi esposti nel paragrafo precedente, essa sia risolta in senso negativo.

49 — Il principio di neutralità del Trattato in relazione con la facoltà degli Stati membri di definire il punto di connessione determinante della *lex societatis* risulta anche dal regolamento del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157, relativo allo statuto della Società europea (SE) (GU L 294, pag. 1 ). V., in particolare, il ventisettesimo 'considerando'.

## Conclusioni

71. Alla luce di quanto sopra esposto, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere la questione pregiudiziale presentata dal Bundesgerichtshof nel modo seguente:

«Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale che comporti il diniego di legittimazione processuale attiva ad una società costituita validamente secondo il diritto di uno Stato membro la cui sede di amministrazione effettiva sia stata trasferita in un altro Stato membro».