



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
presentate il 4 maggio 2017¹

Causa C-106/16

Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o. in liquidazione

[domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia)]

«Libertà di stabilimento – Articoli 49 e 54 TFUE – Ambito di applicazione – Trasformazione transfrontaliera – Trasferimento della sede sociale di una società in un altro Stato membro senza trasferimento della sede effettiva – Domanda di cancellazione della società dal registro delle imprese dello Stato membro di origine – Requisito dello scioglimento e della liquidazione della società – Tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori – Proporzionalità»

I – Introduzione

1. La libertà di stabilimento osta alle disposizioni di uno Stato membro che impediscono a una società costituita in base alla sua normativa di trasformarsi in una società conformemente al diritto di un altro Stato membro?
2. È questa essenzialmente la questione su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi nell'ambito della presente domanda di pronuncia pregiudiziale. Essa si pone alla luce dell'intenzione manifestata da una società polacca a responsabilità limitata di acquisire la forma di una società di diritto lussemburghese mantenendo la propria identità giuridica. La cancellazione della società dal registro delle imprese polacco, necessaria ai fini della realizzazione dell'intenzione suddetta, è tuttavia preclusa dalla normativa di tale Stato membro che, a tal fine, richiede la liquidazione e lo scioglimento previ della società.
3. In tale contesto, la Corte ha l'occasione di precisare la portata dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento e di chiarire una questione di fondamentale importanza. Si tratta di stabilire, infatti, se la suddetta libertà fondamentale riconosca a una società, costituita in base alla normativa di uno Stato membro, non soltanto la libera scelta del luogo in cui svolgere la propria attività economica all'interno dell'Unione ma anche, indipendentemente da essa, il diritto di modificare a livello transfrontaliero la propria forma giuridica.

¹ Lingua originale: il tedesco.

4. La causa integrerà quindi ulteriormente la serie di ben note sentenze della Corte sulla mobilità transfrontaliera delle società². Ben pochi sono, infatti, i settori del diritto dell'Unione che risvegliano in modo analogo l'interesse della dottrina e che sono stati trattati con una simile intensità. Visto il quantitativo impressionante di pubblicazioni in materia³, per citare Karl Valentin⁴, si potrebbe aggiungere: «È stato già detto tutto, ma non da tutti».

5. La Corte è quindi chiamata a pronunciarsi nuovamente.

II – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

6. Il contesto normativo dell'Unione è determinato dalla libertà di stabilimento ai sensi degli articoli 49 e 54 TFUE.

B – Diritto nazionale

7. L'articolo 270 del Kodeks spółek handlowych (Codice delle società commerciali polacco; in prosieguo: il «KSH») così dispone:

«La società si scioglie:

(...)

2. con l'adozione da parte dei soci della delibera di scioglimento della società o di trasferimento della relativa sede all'estero, risultante da un verbale redatto da un notaio;

(...)».

8. L'articolo 272 del KSH così recita:

«Lo scioglimento della società avviene dopo il compimento della liquidazione, nel momento della cancellazione della società dal registro».

9. L'articolo 288, paragrafo 1, del KSH stabilisce che il bilancio di chiusura della società è pubblicato dopo l'approvazione da parte dell'assemblea dei soci e al termine della procedura di liquidazione presso la sede della società ed è depositato presso il giudice competente alla tenuta del registro unitamente alla domanda di cancellazione della società dal registro. Quale data di riferimento si considera il giorno precedente la ripartizione del patrimonio residuo dopo la soddisfazione dei creditori o la costituzione di garanzie a loro favore.

2 Sentenze del 27 settembre 1988, Daily Mail e General Trust (81/87, EU:C:1988:456); del 9 marzo 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126); del 5 novembre 2002, Überseering (C-208/00, EU:C:2002:632); del 30 settembre 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512); del 13 dicembre 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762); del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), e del 12 luglio 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440). Ad oggi l'ambito di cui trattasi non è stato disciplinato più in dettaglio neppure a livello di diritto derivato; tuttavia, v. direttiva 2005/56/CE, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali (GU L 310, pag. 1) e regolamento (CE) n. 2157/2001, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE) (GU L 294, pag. 1).

3 Detratti i doppi conteggi, la banca dati della giurisprudenza della Corte segnala attualmente non meno di 559 pubblicazioni scientifiche che si occupano direttamente delle sentenze guida di cui alla nota 2 (v. curia.europa.eu).

4 Comico bavarese, nonché cabarettista, autore e creatore di innumerevoli battute (1882-1948).

10. Gli articoli da 551 a 568 del KSH disciplinano la trasformazione delle società. In tale contesto, l'articolo 562, paragrafo 1, del KSH, stabilisce che la trasformazione di una società di capitali richiede una delibera corrispondente dell'assemblea dei soci o dell'assemblea generale.

11. L'articolo 17 dell'Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (legge del 4 febbraio 2011 – diritto internazionale privato; in prosieguo: la «legge sul diritto internazionale privato») dispone per estratto quanto segue:

«1. La persona giuridica è soggetta alla legge dello Stato in cui ha sede.

2. Tuttavia, qualora la legge di cui al paragrafo 1 indichi come applicabile la legge dello Stato in base alla quale la persona giuridica è stata costituita, si applica la legge di tale Stato.

(...).».

12. L'articolo 19 della legge sul diritto internazionale privato così recita:

«1. Al momento del trasferimento della sede in un altro Stato, la persona giuridica è soggetta alla legge di detto Stato. La personalità giuridica acquisita nello Stato della sede precedente è conservata qualora ciò sia previsto dalla legge di ciascuno degli Stati interessati. Il trasferimento della sede all'interno dello Spazio economico europeo non comporta la perdita di personalità giuridica.

2. La fusione di persone giuridiche aventi sedi in Stati diversi richiede il rispetto dei requisiti determinati dalle leggi di tali Stati».

III – Controversia principale e procedimento dinanzi alla Corte

13. La Polbud-Wykonawstwo sp. z o.o. (in prosieguo: la «Polbud») è una società a responsabilità limitata di diritto polacco con sede a Łącko. Il 30 settembre 2011 i suoi soci deliberavano di trasferire la «sede della società» ai sensi dell'articolo 270, punto 2, del KSH nel Granducato di Lussemburgo. Il luogo dell'esercizio effettivo dell'attività economica restava invariato.

14. Alla luce di tale decisione, il 19 ottobre successivo la Polbud adiva il giudice competente incaricato della tenuta del registro delle imprese chiedendo l'apertura della procedura di liquidazione. Detta apertura veniva annotata nel registro di cui trattasi in data 26 ottobre 2011 e veniva nominato un liquidatore.

15. Il 28 maggio 2013 l'assemblea dei soci della Polbud concordava dinanzi a un notaio in Rambrouch (Lussemburgo) di dare attuazione alla delibera di settembre 2011 sullo spostamento della sede e di trasferire la sede della società in Lussemburgo a decorrere da detto giorno senza cessazione della sua personalità giuridica o costituzione di una nuova persona giuridica. Inoltre si stabiliva, segnatamente, di acquisire la forma giuridica di una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese, di modificare la denominazione in Consoil Geotechnik S.à.r.l. (in prosieguo: la «Consoil») e di redigere ex novo l'atto costitutivo. Sulla base di tali premesse, il 14 giugno 2013 la Consoil è stata iscritta nel registro delle imprese del Lussemburgo⁵.

⁵ V. Gazzetta ufficiale del Granducato di Lussemburgo [Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg], Recueil des Sociétés et Associations, C – N. 1841 del 31 luglio 2013, pagg. da 88334 a 88342.

16. Il successivo 24 giugno la Polbud presentava quindi domanda di cancellazione dal registro delle imprese al giudice incaricato della tenuta di quest'ultimo in Polonia. Essa non ottemperava al provvedimento del giudice con cui veniva richiesta la produzione delle prove, a tal fine necessarie, in merito allo scioglimento e alla liquidazione della società, ma invocava piuttosto il trasferimento della sede della società in Lussemburgo e il mantenimento della società in base al diritto di detto Stato membro.

17. Il giudice incaricato della tenuta del registro delle imprese respingeva la domanda con ordinanza del 19 settembre 2013. Le impugnazioni proposte avverso tale provvedimento non trovavano accoglimento né in primo grado né in appello.

18. Con ricorso per cassazione del 4 giugno 2014 la società adiva infine il Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia). A suo dire, con il trasferimento in Lussemburgo essa avrebbe perso lo status di società di diritto polacco divenendo una società di diritto lussemburghese. La procedura di liquidazione si sarebbe conclusa in tale data e la società avrebbe dovuto essere cancellata dal registro polacco.

19. Il Sąd Najwyższy si chiede se il rifiuto di procedere alla cancellazione della società dal registro delle imprese per mancato soddisfacimento dei requisiti a tal fine richiesti dalla normativa polacca contrasti con la libertà di stabilimento riconosciuta dal diritto dell'Unione. Pertanto, in data 22 ottobre 2015, esso ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

1) Se gli articoli 49 e 54 TFUE ostino a che uno Stato membro in cui è stata costituita una società commerciale (società a responsabilità limitata) applichi le disposizioni di diritto nazionale che subordinano la cancellazione dal registro allo scioglimento della società in esito alla messa in liquidazione, qualora la società abbia formato oggetto, in un altro Stato membro, di ricostituzione sulla base di una delibera dei soci di continuazione della personalità giuridica acquisita nello Stato di costituzione.

In caso di risposta negativa:

2) Se gli articoli 49 e 54 TFUE possano essere interpretati nel senso che l'obbligo, risultante dalle disposizioni di diritto nazionale, di espletare la procedura di liquidazione della società – consistente nel portare a termine gli affari sociali in corso, riscuotere i crediti, adempiere le obbligazioni e liquidare il patrimonio della società, soddisfare i creditori o fornire loro garanzie, depositare il bilancio relativo a tali attività ed indicare il custode dei libri e dei documenti – la quale precede lo scioglimento della società che avviene nel momento della cancellazione dal registro, costituisce una misura adeguata, necessaria e proporzionata a un interesse pubblico meritevole di tutela, qual è la tutela dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori della società migrante.

3) Se gli articoli 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che le restrizioni alla libertà di stabilimento includono l'ipotesi in cui una società, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo Stato senza cambiare la sede dello stabilimento principale che rimane nello Stato di costituzione.

20. Nel corso del procedimento dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte la Repubblica di Polonia, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese e la Commissione europea. All'udienza tenutasi il 6 marzo 2017 hanno partecipato le suddette parti del procedimento, ad eccezione della Repubblica portoghese, oltre alla Polbud e alla Repubblica federale di Germania.

IV – Analisi

21. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'intenzione della Polbud di modificare la propria forma giuridica in una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese. Posto che il Lussemburgo, alla stregua di tutti gli altri Stati membri, richiede il presupposto della presenza di una sede sociale sul proprio territorio ai fini della costituzione e del mantenimento di società in base alla normativa nazionale, un siffatto intento è necessariamente connesso al trasferimento della sede sociale⁶. Tale trasferimento sembra peraltro essere intervenuto con l'iscrizione della Consoil nel registro delle imprese del Lussemburgo⁷.

22. Stando alla terminologia impiegata dalla Corte, sussiste una trasformazione transfrontaliera, espressione indicante la trasformazione di una società in una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro che è stata costituita in base ad esso⁸.

23. La riuscita di una siffatta trasformazione dipende, in linea di principio, sia dall'ordinamento giuridico dello Stato membro di origine sia da quello dello Stato membro ospitante. La sentenza VALE⁹ verteva, ad esempio, sul fatto che lo Stato membro ospitante, pur prevedendo per le società di diritto interno la facoltà di trasformarsi, non ammetteva le trasformazioni transfrontaliere. Il caso di specie riguarda invece ostacoli posti dallo Stato membro di origine. Le disposizioni polacche non permettono infatti di cancellare dal registro delle imprese la Polbud, la cui personalità giuridica dovrebbe proseguire in capo alla Consoil, senza una previa liquidazione e un previo scioglimento.

24. In prosieguo occorre essenzialmente chiarire se la libertà di stabilimento osti a un approccio siffatto. La peculiarità del caso di specie consiste nel fatto che, secondo quanto esposto nella domanda di pronuncia pregiudiziale, la trasformazione transfrontaliera non è accompagnata da una modifica del fulcro dell'attività commerciale della società. Il giudice del rinvio si chiede se, in un contesto siffatto, trovi applicazione la libertà di stabilimento (terza questione), se sussista una restrizione (prima questione) e se essa possa eventualmente essere giustificata (seconda questione).

A – Sulla terza questione pregiudiziale

25. La terza questione pregiudiziale – formulata in modo leggermente ambiguo – rimanda all'ambito di applicazione della libertà di stabilimento ai sensi degli articoli 49 e 54 TFUE e deve essere affrontata per prima. Se, infatti, una trasformazione transfrontaliera come quella prevista nella fattispecie non dovesse ricadere nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento, le altre questioni – vertenti sulla sussistenza di una restrizione e di una giustificazione - non si porrebbero proprio.

6 I tentativi di pervenire a una disciplina di diritto derivato dei trasferimenti di sede transfrontalieri nell'ambito della quattordicesima direttiva in materia di diritto societario sono rimasti, ad oggi, senza esito. Nella sua risoluzione del 14 giugno 2012 sul futuro del diritto societario europeo (P7_TA(2012)0259), il Parlamento europeo ha rinnovato il proprio invito alla Commissione di presentare una corrispondente proposta legislativa. Nella sua comunicazione del 12 dicembre 2012 («Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario», COM[2012] 740 final) la Commissione ha essenzialmente riconosciuto l'importanza della questione avviando in seguito una procedura di consultazione (v. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf). A quanto consta, finora non sono stati compiuti ulteriori passi.

7 Un risultato analogo sotto il profilo funzionale potrebbe tutt'al più essere raggiunto, in linea con la direttiva 2005/56/CE (citata alla nota 2), attraverso una fusione transfrontaliera. In tal modo si perviene tuttavia allo scioglimento del soggetto di diritto incorporato senza che sia garantita la sua identità giuridica (v. articolo 2, punto 2, della direttiva).

8 V. sentenza del 12 luglio 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, punti 19 e 23).

9 V. sentenza del 12 luglio 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440).

26. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede se rientri nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento un'operazione con cui una società costituita in base al diritto di uno Stato membro, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo paese senza cambiare la «sede dello stabilimento principale» – vale a dire, ricorrendo alla terminologia impiegata dalla Corte nella sentenza *Cartesio*¹⁰, la *sede effettiva* – che resta nello Stato membro di origine.

27. Secondo la giurisprudenza della Corte, le operazioni di trasformazione delle società rientrano, in linea di principio, tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento¹¹. Ciò non significa, tuttavia, che tali operazioni debbano ricadere in termini generali nell'ambito di applicazione della suddetta libertà fondamentale. È necessario invece che siano sempre soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 49 TFUE. In base alla disposizione di cui trattasi sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, fermo restando che le società validamente costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri ai sensi dell'articolo 54 TFUE.

28. Occorre dunque esaminare se la Polbud debba essere considerata una società ai sensi dell'articolo 54 TFUE e possa così richiamarsi alla libertà di stabilimento (v. sul punto sub 1) e se la trasformazione prevista nel caso in esame sia connessa a uno stabilimento in un altro Stato membro (v. sul punto sub 2).

1. Società ai sensi dell'articolo 54 TFUE

29. Secondo la giurisprudenza, ai sensi dell'articolo 54 TFUE, la questione se l'articolo 49 TFUE si applichi a una società che invoca la libertà di stabilimento costituisce una questione preliminare che può trovare risposta solo nel diritto nazionale. Gli Stati membri dispongono infatti della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status¹².

30. Alla luce dell'articolo 17, paragrafo 1, della legge polacca sul diritto internazionale privato si potrebbe dubitare che la Polbud, a seguito del trasferimento della sua sede sociale in Lussemburgo, continui ad essere una società polacca e, in quanto tale, possa invocare la libertà di stabilimento. Infatti, in base alla disposizione succitata, una persona giuridica è soggetta alla legge dello Stato in cui ha sede. Secondo quanto riferito dalla Polonia in sede di udienza, il legislatore polacco non ha voluto specificare la nozione di «sede». Qualora però si intenda la sede sociale, ciò dovrebbe implicare che la Polbud non può più essere considerata una società di diritto polacco.

31. Tuttavia, si tratta di un aspetto che compete al giudice del rinvio chiarire e che può essere tralasciato nel caso in questione, dal momento che detto giudice non dubita che la Polbud possa richiamarsi alla libertà di stabilimento.

2. Stabilimento in un altro Stato membro

32. Occorre poi esaminare se vi sia uno stabilimento in un altro Stato membro ai sensi dell'articolo 49 TFUE.

¹⁰ V. sentenza del 16 dicembre 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723, punto 47).

¹¹ Sentenze del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 24), e del 13 dicembre 2005, *SEVIC Systems* (C-411/03, EU:C:2005:762, punto 19).

¹² V. sentenze del 16 dicembre 2008, *Cartesio* (C-210/06, EU:C:2008:723, punti 109 e 110); del 29 novembre 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punti 26 e 27), e del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punti 28 e 29).

33. Secondo una giurisprudenza costante, la nozione di stabilimento è molto ampia e implica la possibilità di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di un altro Stato membro e di trarne vantaggio¹³. A tal fine è necessario che sia assicurata una presenza permanente nello Stato membro ospitante accertabile tramite elementi oggettivi e verificabili¹⁴.

34. Nel precisare la nozione di stabilimento, la Corte ha inoltre sottolineato che essa implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in detto Stato membro¹⁵. Nella sua giurisprudenza più recente la Corte ne ha desunto che tale nozione presuppone un insediamento *effettivo* nello Stato membro ospitante e l'esercizio quivi di un'*attività economica reale*¹⁶. Tuttavia, ad oggi, la Corte ha preso in considerazione il criterio del processo di effettivo stabilimento solo rispetto alla sussistenza di una restrizione¹⁷ o di una giustificazione¹⁸ di misure restrittive.

35. Tuttavia, se da un lato lo stabilimento costituisce pacificamente un requisito di applicazione della libertà di stabilimento e, dall'altro, la nozione di stabilimento implica - secondo una giurisprudenza consolidata - un insediamento effettivo nello Stato membro ospitante e l'esercizio di un'attività economica reale, l'ambito di applicazione della libertà di stabilimento dovrebbe ricomprendere, di conseguenza, solo le operazioni collegate con uno stabilimento inteso quale effettivo insediamento.

36. Alla luce dell'interpretazione estensiva fornita dalla Corte in merito alla nozione di stabilimento, è sufficiente a tal fine la sussistenza di una certa infrastruttura nello Stato membro ospitante che consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività economica¹⁹. In base alla giurisprudenza, inoltre, è anche sufficiente il mero intento di realizzare un tale stabilimento²⁰.

37. Per quanto attiene al caso di specie, secondo le informazioni fornite dal giudice del rinvio, il fulcro delle attività commerciali della Polbud restava in Polonia. Ciò non esclude, tuttavia, che la società svolga in Lussemburgo attività integranti un effettivo stabilimento ai sensi della giurisprudenza o che essa intenda ivi realizzare uno stabilimento siffatto. Se così fosse, occorrerebbe riconoscere l'applicabilità della libertà di stabilimento²¹.

38. Se la Polbud mira invece unicamente a ottenere una modifica del diritto societario ad essa applicabile, è esclusa ogni applicazione della libertà di stabilimento. Quest'ultima, infatti, se è pur vero che accorda agli operatori economici dell'Unione la libertà di scegliere il luogo in cui svolgere la propria attività economica, non concede la scelta del diritto ad essi applicabile. Pertanto, la trasformazione transfrontaliera rientra nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento non quale obiettivo in sé, ma solo se collegata a un effettivo stabilimento.

13 V. sentenze del 21 giugno 1974, *Reyners* (2/74, EU:C:1974:68, punto 21); del 30 novembre 1995, *Gebhard* (C-55/94, EU:C:1995:411, punto 25); del 14 settembre 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (C-386/04, EU:C:2006:568, punto 18), e del 26 ottobre 2010, *Schmelz* (C-97/09, EU:C:2010:632, punto 37).

14 V. sentenze del 14 settembre 2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (C-386/04, EU:C:2006:568, punto 19), e del 26 ottobre 2010, *Schmelz* (C-97/09, EU:C:2010:632, punto 38).

15 Sentenze del 25 luglio 1991, *Factortame e a.* (C-221/89, EU:C:1991:320, punto 20), e del 4 ottobre 1991, *Commissione/Regno Unito* (C-246/89, EU:C:1991:375, punto 21).

16 V. sentenza del 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, punto 54); del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 34), e del 21 dicembre 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 51).

17 V. sentenze del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 34), e del 21 dicembre 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 51).

18 Sentenza del 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, punto 54).

19 V. sentenza dell'11 dicembre 2003, *Schnitzer* (C-215/01, EU:C:2003:662, punto 32). Nel singolo caso può essere sufficiente la locazione di locali ad uso professionale; v. sentenze del 18 giugno 1985, *Steinhauser* (197/84, EU:C:1985:260, punto 16) e del 4 dicembre 1986, *Commissione/Germania* (205/84, EU:C:1986:463, punto 21). La mera registrazione nel paese di stabilimento non è invece sufficiente; v. sentenza del 25 luglio 1991, *Factortame e a.* (C-221/89, EU:C:1991:320, punto 21).

20 V. sentenza del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 35).

21 Mi permetto in proposito di rimandare alle considerazioni svolte dalla rappresentante della Polbud in udienza secondo cui la società, contrariamente a quanto indicato nella domanda di pronuncia pregiudiziale, si sarebbe integralmente spostata in Lussemburgo e non svolgerebbe più alcuna attività economica in Polonia. Tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare in modo definitivo tale aspetto.

– Sulla sentenza Cartesio

39. Nulla di diverso emerge, in particolare, dalla sentenza Cartesio²². Da una parte, la Corte aveva ivi stabilito che gli Stati membri possono non consentire alle società soggette al loro diritto nazionale di conservare tale status qualora trasferiscano la sede nel territorio di un altro Stato membro e sopprimano in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione²³. Dall'altra – come indicato dalla Corte in un *obiter dictum* - l'ipotesi di trasferimento della sede di una società senza cambiamento della normativa cui è soggetta deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita²⁴.

40. Tali considerazioni non possono essere interpretate nel senso che la Corte abbia inteso ricondurre nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento trasformazioni transfrontaliere a prescindere da ogni effettivo processo di stabilimento. Un esame complessivo delle sue considerazioni suggerisce piuttosto che essa abbia voluto distinguere tra il trasferimento della sede effettiva privo di una modifica del diritto applicabile alla società interessata da un trasferimento accompagnato da una siffatta modifica. Tale conclusione s'impone, da un lato, già in considerazione del fatto che l'*obiter dictum* della Corte deve essere inteso alla luce dell'assunto principale che lo precede e, dall'altro, in quanto la sentenza citata verte essenzialmente sul trasferimento della sede effettiva di una società²⁵.

– Sulle sentenze Centros e Inspire Art

41. Non vi è inoltre alcuna contraddizione con le sentenze Centros²⁶ e Inspire Art²⁷. Infatti, nella misura in cui la Polbud, quale società costituita in base al diritto di uno Stato membro, intendesse soltanto svolgere un'attività economica in un altro Stato membro, ciò corrisponderebbe certamente alla situazione che la Corte, nelle sentenze citate, ha valutato in conclusione come compatibile con la libertà di stabilimento. Tuttavia occorre operare una distinzione. Nelle suddette cause la Corte ha valutato la fattispecie dalla prospettiva di una società costituita in uno Stato membro che, a sua volta, intendeva stabilirsi in un altro Stato membro, ossia lo Stato di residenza dei soci. Per contro, le considerazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale suggeriscono che il caso di specie si riferisca a una società già esistente che intende semplicemente modificare la propria veste giuridica.

42. Una conclusione diversa non è giustificata neppure dall'intervenuta registrazione in Lussemburgo di una società – la Consoil - con il dichiarato obiettivo di subentrare nella personalità giuridica della Polbud. Nell'ottica della Polonia, tale aspetto non può essere dirimente. Come sottolineato dalla Corte, infatti, la trasformazione transfrontaliera di società presuppone la *consecutiva* applicazione di due diritti nazionali²⁸. In senso figurato, la Polbud si trova così certamente con un piede già in Lussemburgo mentre l'altro continua ad essere invece in Polonia.

22 Sentenza del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723).

23 Sentenza del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punto 110).

24 Sentenza del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punto 111).

25 V. punto 47 della sentenza.

26 Sentenza del 9 marzo 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126).

27 Sentenza del 30 settembre 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512).

28 V. sentenza del 12 luglio 2012, VALE (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 37).

3. Conclusione intermedia

43. Occorre quindi rispondere alla terza questione pregiudiziale affermando che la libertà di stabilimento ai sensi degli articoli 49 e 54 TFUE trova applicazione rispetto a un'operazione nell'ambito della quale una società costituita in base al diritto di uno Stato membro, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo Stato a condizione che vi sia o si intenda realizzare un insediamento effettivo della società interessata in tale Stato membro per esercitarvi un'attività economica reale. Resta impregiudicata la facoltà dello Stato membro di cui trattasi di definire sia il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status.

B – Sulla prima questione pregiudiziale

44. Qualora esista in Lussemburgo un insediamento effettivo della Polbud, aspetto questo che spetta al giudice del rinvio verificare, occorre poi analizzare la prima questione pregiudiziale. Con essa si intende chiarire se sussista una restrizione alla libertà di stabilimento quando la cancellazione della società interessata dal registro delle imprese dello Stato di origine, necessaria ai fini di una trasformazione transfrontaliera, è subordinata alla sua previa liquidazione e al suo previo scioglimento.

45. Secondo una giurisprudenza costante, vanno considerate come restrizioni alla libertà di stabilimento tutte le misure che ne vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio²⁹.

46. In base alle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, il trasferimento della sede di una società polacca all'interno dell'Unione non comporta, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, della legge sul diritto internazionale privato, la perdita della personalità giuridica. Anche la modifica della legge applicabile alla società non inciderebbe sull'identità del soggetto interessato. Il diritto polacco ammette pertanto, in linea di principio, che la personalità giuridica della Polbud possa continuare attraverso la Consoil. Nel contempo però la decisione di trasferire la sede all'estero comporta, a norma dell'articolo 270, punto 2, del KSH, in combinato disposto con l'articolo 272 del KSH, lo scioglimento della società a seguito della sua liquidazione.

47. Il diniego da parte delle autorità polacche di cancellare la Polbud dal registro delle imprese senza una previa liquidazione e un previo scioglimento impedisce tuttavia di procedere alla trasformazione transfrontaliera. Sussiste quindi una restrizione alla libertà di stabilimento³⁰.

48. Occorre quindi rispondere alla prima questione pregiudiziale affermando che, qualora una società costituita in base al diritto di uno Stato membro si sia effettivamente insediata o intenda insediarsi in un altro Stato membro al fine di esercitarvi un'attività economica reale e si trasformi in una società conformemente al diritto di detto Stato membro, l'applicazione di disposizioni di diritto nazionale che ne subordinano la cancellazione dal registro delle imprese dello Stato membro di origine al suo previo scioglimento in esito alla messa in liquidazione integra una restrizione alla libertà di stabilimento.

C – Sulla seconda questione pregiudiziale

49. In conclusione, resta quindi da esaminare la seconda questione, essenzialmente intesa ad accertare se l'obbligo di espletare una procedura di liquidazione costituisca una misura adeguata per tutelare i creditori, i soci di minoranza e i lavoratori di una società soggetta a trasformazione transfrontaliera.

29 V. sentenze del 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punto 37); del 17 ottobre 2002, Payroll e a. (C-79/01, EU:C:2002:592, punto 26); del 5 ottobre 2004, CaixaBank France (C-442/02, EU:C:2004:586, punto 11); del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punto 36), e del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 48).

30 V. in questo senso sentenza del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punti 112 e segg.).

50. Il giudice del rinvio chiarisce che la procedura di liquidazione consiste, concretamente, nel portare a termine gli affari sociali in corso, riscuotere i crediti, adempiere le obbligazioni e liquidare il patrimonio della società, soddisfare i creditori o fornire loro garanzie, depositare il bilancio relativo a tali attività ed indicare il custode dei libri e dei documenti. Essa precede lo scioglimento della società che avviene nel momento della cancellazione dal registro.

51. A prescindere dai casi citati negli articoli 51 e 52 TFUE, secondo giurisprudenza consolidata, restrizioni alla libertà di stabilimento sono ammesse solo se giustificate da motivi imperativi di interesse generale. Esse devono essere altresì idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedere quanto necessario per raggiungerlo³¹.

52. In prosieguo esaminerò, in primis, l'eccezione sollevata dalla Polonia, secondo cui il requisito della liquidazione della società sarebbe giustificato già da motivi connessi alla lotta alle pratiche abusive (v., sul punto, sub 1). Successivamente mi dedicherò agli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori citati dal giudice del rinvio nella sua questione pregiudiziale (v., sul punto, sub 2).

1. Sulla lotta alle pratiche abusive

53. Secondo la Polonia, la trasformazione controversa nel caso di specie costituirebbe una costruzione artificiosa non giustificata da ragioni di carattere economico. La liquidazione della società integrerebbe una misura adeguata per impedire alle imprese di aggirare la normativa interna.

54. Muovendo dalla premessa secondo la quale la Polbud intende ottenere soltanto una modifica della legge ad essa applicabile, le argomentazioni svolte dalla Polonia risultano superflue. Infatti, come osservato supra, tale ipotesi non rientrerebbe a priori nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento. Se invece detta libertà fosse applicabile in ragione dell'esercizio di attività economiche reali nello Stato membro ospitante, allora non è possibile aderire alla posizione della Polonia.

55. Pur essendo pacifico che nessuno può avvalersi abusivamente delle norme del diritto dell'Unione³², l'obbligo generale di espletamento di una procedura di liquidazione eccede quanto necessario al fine di evitare siffatte pratiche ed equivale, in definitiva, a un'inammissibile presunzione generale dell'esistenza di una pratica abusiva³³. In caso di trasformazione transfrontaliera compiuta per scopi illeciti nel singolo caso, gli Stati membri restano liberi di adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi³⁴.

31 V. sentenze del 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punto 37); del 15 maggio 1997, Futura Participations e Singer (C-250/95, EU:C:1997:239, punto 26); del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punto 47); del 29 novembre 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punto 42), e del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 61). V. anche sentenza del 16 dicembre 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punto 113).

32 V. sentenze del 12 maggio 1998, Kefalas e a. (C-367/96, EU:C:1998:222, punto 20); del 23 marzo 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, punto 33); del 21 febbraio 2006, Halifax e a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punto 68); del 13 marzo 2014, SICES e a. (C-155/13, EU:C:2014:145, punto 29), e del 28 luglio 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punto 37).

33 V. in questo senso sentenze del 4 marzo 2004, Commissione/Francia (C-334/02, EU:C:2004:129, punto 27); del 9 novembre 2006, Commissione/Belgio (C-433/04, EU:C:2006:702, punto 35); del 28 ottobre 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, punto 34), e anche del 5 luglio 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punto 38).

34 V. sentenza del 9 marzo 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, punto 38).

2. Sulla tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori

56. Gli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei lavoratori costituiscono ragioni imperative d'interesse generale³⁵. Non risulta però che l'obbligo di espletamento di una procedura di liquidazione sia idoneo a tutelare gli interessi dei suddetti gruppi. Le trasformazioni transfrontaliere sono invece in tal modo limitate o impedito anche quando i suddetti interessi non sono minacciati³⁶.

57. Una misura siffatta risulta invece addirittura controproducente. Infatti, come indicato dal giudice del rinvio, la procedura di liquidazione mira, in definitiva, a far cessare l'esistenza della società quale persona giuridica. Essa comporta dunque la perdita, da parte dei creditori privati della società, della loro precedente controparte contrattuale, la risoluzione dei rapporti di lavoro di tutti i dipendenti e l'obbligo per i soci di minoranza, alla pari degli altri soci, di rifarsi sull'attivo residuo della liquidazione.

58. Ciò non implica però, al contrario, che uno Stato membro non possa subordinare le trasformazioni transfrontaliere a condizioni e oneri a tutela di interessi generali. Tali misure devono tuttavia soddisfare il principio di proporzionalità. In prosieguo esaminerò, a tal proposito, la situazione - rispettivamente - dei creditori (v., sul punto, sub a), dei soci di minoranza (v., sul punto, sub b) e dei lavoratori (v., sul punto, sub c).

a) Sulla tutela dei creditori

59. Per quanto attiene alla tutela dei creditori possono assumere rilievo soltanto gli interessi dei creditori sociali preesistenti. Infatti, a partire dal momento in cui la Polbud – a seguito della trasformazione transfrontaliera – inizierà ad operare anche in Polonia con la veste giuridica di una società lussemburghese, risulterà evidente per i potenziali creditori che i rapporti interni ed esterni della società non sono disciplinati dal diritto polacco³⁷.

60. Sussiste tuttavia il rischio che gli interessi dei creditori preesistenti siano pregiudicati dalla trasformazione. In particolare, la società potrebbe essere soggetta in futuro a regole meno rigorose relativamente a protezione del capitale e responsabilità. In considerazione di quanto precede, non vi sarebbe nulla da contestare se tali creditori potessero esigere adeguate garanzie, purché dimostrino che la trasformazione compromette il soddisfacimento dei loro crediti pregressi³⁸.

35 V. sentenze del 5 novembre 2002, *Überseering* (C-208/00, EU:C:2002:632, punto 92); del 13 dicembre 2005, *SEVIC Systems* (C-411/03, EU:C:2005:762, punto 28), e del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 39).

36 V. sentenze del 13 dicembre 2005, *SEVIC Systems* (C-411/03, EU:C:2005:762, punto 30), e del 12 luglio 2012, *VALE* (C-378/10, EU:C:2012:440, punto 40).

37 V. sentenze del 9 marzo 1999, *Centros* (C-212/97, EU:C:1999:126, punto 36), e del 30 settembre 2003, *Inspire Art* (C-167/01, EU:C:2003:512, punto 135).

38 V., analogamente, articolo 13, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2011/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativa alle fusioni delle società per azioni (GU L 110, pag. 1), e sentenza del 9 marzo 1999, *Centros* (C-212/97, EU:C:1999:126, punto 37).

61. Non convince l'eccezione sollevata dalla Polonia la quale afferma, in aggiunta, che la trasformazione comporterebbe anche un aggravamento della posizione dei creditori sotto il profilo processuale, osservando al riguardo che essi dovrebbero agire nei confronti della società dinanzi ai giudici di un altro Stato membro. Se infatti, come si evince dalle indicazioni del giudice del rinvio, la sede effettiva della società resta in Polonia, si deve ritenere che essa possa ancora essere ivi convenuta³⁹.

b) Sulla tutela dei soci di minoranza

62. La modifica della legge applicabile alla società potrebbe inoltre ledere la posizione di quei soci che si sono eventualmente opposti senza successo alla trasformazione. È infatti possibile che l'applicazione di una nuova normativa comporti una modifica dei diritti e degli obblighi degli interessati. In tali circostanze sembra opportuno permettere ai soci interessati di porre fine alla propria partecipazione nella società a fronte del riconoscimento di un'equa indennità⁴⁰.

c) Sulla tutela dei lavoratori

63. Infine, per quanto attiene alla tutela degli interessi dei lavoratori occorre premettere, da un lato, che tale aspetto non è stato ulteriormente discusso né dal giudice del rinvio, né dalle parti del procedimento. Dall'altro, nel caso della Polbud non vi è poi alcun elemento indicante uno spostamento di posti di lavoro o la riduzione dell'organico.

64. La trasformazione e il trasferimento della sede sociale della società ad essa connesso potrebbero tuttavia incidere su determinati diritti dei lavoratori collegati alla suddetta sede. Ci si riferisce soprattutto alla cogestione aziendale, vale a dire alla partecipazione nella direzione dell'impresa⁴¹. La normativa applicabile alla società a seguito della trasformazione potrebbe riconoscere ai lavoratori diritti di partecipazione più limitati.

65. Sotto questo profilo, una trasformazione transfrontaliera non si differenzia nei suoi possibili effetti sui diritti dei lavoratori da una fusione transfrontaliera⁴². Quest'ultima è stata specificamente disciplinata dal legislatore dell'Unione con la direttiva 2005/56/CE⁴³ che, nel suo articolo 16, contiene una disciplina speciale diretta a tutelare gli interessi dei lavoratori volta essenzialmente al raggiungimento di una soluzione negoziata. Alla luce di quanto precede, non vi è motivo di dubitare che lo Stato membro di origine di una società che procede a una trasformazione transfrontaliera possa pretendere il rispetto di indicazioni corrispondenti.

39 Ciò vale, in ogni caso, nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 1215/2012, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (regolamento «Bruxelles I bis»; GU L 351, pag. 1), v. articolo 4, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 63, paragrafo 1, lettera b), del regolamento medesimo. La competenza internazionale dei giudici polacchi deve essere altresì riconosciuta ai fini nella normativa fallimentare poiché, nelle circostanze del caso di specie, il centro degli interessi principali della società ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2015/848, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza (GU L 141, pag. 19), deve essere collocato in Polonia. V., in questo contesto, anche la sentenza del 10 dicembre 2015, Kornhaas (C-594/14, EU:C:2015:806).

40 V., in questo senso, articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2004/25/CE, del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto (GU L 142, pag. 12).

41 Di contro, la sede sociale di una società è normalmente irrilevante ai fini della portata dei diritti di partecipazione *aziendali*, ossia dei diritti finalizzati alla tutela di specifici interessi del personale.

42 V. considerando 13 della direttiva 2005/56/CE (cit. alla nota. 2).

43 Citata alla nota 2.

3. Conclusione intermedia

66. Sulla base delle considerazioni esposte occorre rispondere alla seconda questione pregiudiziale nel senso che l'obbligo generale di espletare una procedura di liquidazione non costituisce una misura adeguata per tutelare i creditori, i soci di minoranza e i lavoratori di una società soggetta a trasformazione transfrontaliera.

V – Conclusione

67. Alla luce delle considerazioni suesposte propongo alla Corte di rispondere alle questioni sollevate dal Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia) nei seguenti termini:

1. La libertà di stabilimento ai sensi degli articoli 49 e 54 TFUE trova applicazione rispetto a un'operazione nell'ambito della quale una società costituita in base al diritto di uno Stato membro, allo scopo di trasformarsi in una società di un altro Stato membro, trasferisce la propria sede sociale in quest'ultimo Stato a condizione che vi sia o si intenda realizzare un insediamento effettivo della società interessata in tale Stato membro per esercitarvi un'attività economica reale. Resta impregiudicata la facoltà dello Stato membro di cui trattasi di definire sia il criterio di collegamento richiesto ad una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status.
2. Qualora una società costituita in base al diritto di uno Stato membro si sia effettivamente insediata o intenda insediarsi in un altro Stato membro al fine di esercitarvi un'attività economica reale e si trasformi in una società conformemente al diritto di detto Stato membro, l'applicazione di disposizioni di diritto nazionale che ne subordinano la cancellazione dal registro delle imprese dello Stato membro di origine al suo previo scioglimento in esito alla messa in liquidazione integra una restrizione alla libertà di stabilimento.
3. L'obbligo generale di espletare una procedura di liquidazione non costituisce una misura adeguata per tutelare i creditori, i soci di minoranza e i lavoratori di una società costituita in base al diritto di uno Stato membro che si trasforma in una società conformemente al diritto di un altro Stato membro.