



L'interpretazione del diritto societario europeo

o «dell'autonomia di un diritto sussidiario»

Alessio Bartolacelli, Università di Macerata



L'interpretazione come concetto...

... necessita sempre di **due poli**

- Sia nell'accezione di **traduzione**: da A a B
- Sia nell'accezione di **esegesi**: da oscuro a manifesto

L'interpretazione giuridica non fa eccezione. È espressione di una dialettica tra due differenti istanze. Un **dialogo** giuridico.



Due ordinamenti in dialogo

L'interpretazione del diritto europeo in ambito societario è da intendersi nello stesso modo

Attori sono il **diritto nazionale** (*ciascun* diritto nazionale) ed il diritto di matrice **europea-istituzionale**

È quindi l'attuazione di una *dialettica interordinamentale, ragionevolmente non paritaria*

E si veda la vicenda, di strettissima attualità, della Corte Costituzionale polacca sul primato del diritto nazionale su quello europeo



La finalità dell'interpretazione

Quando è coinvolto il diritto europeo, ci possono essere **finalità contrastanti**, espressione di interessi perlomeno apparentemente confliggenti, che impattano sulle soluzioni effettivamente adottate

- Interesse eurounitario all'**armonizzazione**, ove appropriato
 - Ma *in re ipsa* **senza** poter nutrire alcuna velleità di **completa sistematizzazione**. DSE come ordinamento istituzionalmente incompleto (principio di sussidiarietà)
- Interesse statale/domestico alla **differenziazione**, anche in chiave di competizione tra ordinamenti e arbitraggio normativo
 - Con esigenze specifiche nazionali che si rifanno alle esperienze pro-mercantili (ma non solo: anche di segno diametralmente opposto) proprie di ogni ordinamento, non sempre allineate con valori e sistemi europei

Istanze **in tensione costante**. E rischio che gli Stati membri percepiscano il diritto europeo alla stregua di «ospite invadente»

- Evidentemente non è ospite
 - E l'«invadenza» è nella misura in cui è concessa dagli Stati stessi, nei Trattati, per quanto...
-



La finalità del DSE...

Stretta connessione tra *raison d'être* del DSE e la sua interpretazione

Il DSE, per consolidata opinione, serve ad **armonizzare** – mediante direttive – il diritto societario per **realizzare innanzitutto la libertà di stabilimento** di una determinata attività (art. 50 TFUE): e dunque direttive

In aggiunta, come **norma residuale**, ove l'azione sia necessaria, ma non sono previsti i poteri di azione, il Consiglio adotta «**le disposizioni appropriate**», deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento (art. 352 TFUE; ex artt. 235 Trattato CEE, 308 Trattato CE)

- E qui risiedono le basi giuridiche per i **Regolamenti UE**
-



... e la sua interpretazione

Le norme europee devono allora essere interpretate con questo **approccio teleologico**

In caso contrario, il **rischio** è quello di una **ultrattività** del diritto europeo, che potrebbe «invadere» il nazionale, perdendo la sua funzione necessariamente sussidiaria, in materia di competenza condivisa

- E con dubbi fondati anche sulla proporzionalità dell'intervento europeo

Il **punto di intersezione** tra il diritto europeo (e suoi principi propri) e il diritto nazionale (e il suo sistema valoriale) è quello della interpretazione

- Peraltro con possibilità di interpretazione differenziata nel *quomodo* a seconda dello strumento giuridico adottato, tra direttiva e regolamento
-



Un caveat...

L'interprete, chi?

- Lo **studioso**
 - Il **giudice**
 - Il **legislatore?**
 - Nel recepimento delle istanze delle direttive nel diritto nazionale
 - Forse sì, ma in questa sede me ne occupo appena in via tangenziale
-



L'interpretazione e le interpretazioni

Ravvisabili tre differenti varianti:

1. Interpretare il **diritto europeo alla luce del diritto nazionale**
 2. Interpretare il **diritto nazionale alla luce del diritto europeo**
 3. Interpretare il **diritto europeo alla luce del diritto europeo**
-



Interpretare DSE attraverso il nazionale

L'attore principale è l'interprete nazionale che interpreta una norma che derivi dal DSE; ma c'è ruolo anche per CGUE

DSE a sua volta è praticamente sempre di **derivazione da uno o più specifici diritti nazionali**

L'**ordinamento di origine** di un certo istituto accolto in sede europea (e la chiave interpretativa utilizzata in tale ordinamento a finalità interne) **rileva** nella **interpretazione in un ordinamento diverso?**

Ex ante

Interpretazione teleologica di fonte eteronazionale

Sì, nella misura in cui concorre a definire meglio le modalità di realizzazione delle *finalità* del DSE, secondo una esperienza già consolidata

Di fatto si tratta di una comparazione giuridica con finalità semicostitutiva mediata dal diritto europeo



Interpretare DSE attraverso il nazionale

Ma c'è anche una seconda opzione: **interpretazione nel diritto nazionale** utilizzando come chiave la **comparazione** delle **soluzioni adottate** come diritto nazionale derivato **altrove**

Ex post

Competizione tra ordinamenti con possibilità di armonizzazione *bottom-up* attraverso le pronunce dei giudici nazionali

E, in terzo luogo, una **interpretazione «integrativa»** alla luce della **tradizione nazionale**

Esempio della **impossibilità dell'oggetto** come causa di nullità della società

Nel diritto italiano, oggetto illecito e impossibile di norma si accompagnano; ma l'art. 11, lett. b), ii, Dir.Cod. recita: «carattere illecito o contrario all'ordine pubblico dell'oggetto della società», con il *caveat* perentorio: «Al di fuori dei casi di nullità di cui al primo comma, le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità.» E allora?

Nel caso concreto, cambia poco nella pratica. Tuttavia è un problema da porsi...



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Attore fondamentale: CGUE; ma c'è un ruolo anche per l'interprete nazionale

Uno strumento interpretativo formidabile: i **Considerando**

Senza funzione precettiva

Ma con imprescindibile **finalità ermeneutica** per chiarire i principi su cui si basa il legislatore europeo

Una domanda: i **principi** del DSE possono servire come **orientamento del giudice nazionale**, anche nel caso in cui si trovi a decidere sull'applicazione di **norme non direttamente connesse** alla trasposizione di quel principio?



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Ad esempio: le norme nazionali possono essere interpretate nel senso di favorire il più possibile la **libertà di stabilimento**, o di circolazione dei capitali, anche in assenza di una specifica sentenza della CGUE?

C'è senz'altro il tema della interpretazione uniforme del diritto europeo (art. 263 TFUE)

Un esempio: il **giudice nazionale**, ad esempio nei casi **Polbud e Vale**, avrebbe potuto **interpretare** riduttivamente – *recte*: disapplicare – le **norme nazionali** che prevedevano *chiaramente* un trattamento deteriore per la trasformazione transfrontaliera – *sub specie* di trasferimento di sede all'estero – utilizzando lo *spirito* della sentenza *SEVIC*, ben anteriore? E quindi senza rimettere il caso alla CGUE?

Polbud: preventivo scioglimento; *Vale*: società estera rifiutata come dante causa di una operazione di conversione in società ungherese, con un principio di parità di trattamento tra operazioni domestiche e transfrontaliere



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Un secondo esempio: il caso **Commissione v. Spagna** (Causa C-338/06), con riferimento all'estensione del diritto di opzione su azioni di nuova emissione agli obbligazionisti convertibili, cassato dalla CGUE (punti 38 ss. Della sentenza) salvo che nel caso di prelazione sull'inoptato.

Ma si legga l'art. 2441, c. 1 c.c. it.: il giudice dovrebbe disapplicare la norma, che esplicitamente legittima gli obbligazionisti convertibili all'esercizio del diritto di opzione su azioni di nuova emissione «in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio»?

La questione in generale è se si possa dare una **ultrattività del giudicato europeo** oltre il caso concreto.

La risposta breve è **no**, in termini di cogenza; certo può funzionare come *moral suasion*.

E questo anche se questa situazione è una delle cause della **esasperante lentezza dell'armonizzazione europea**.

Lentezza a sua volta spia del fastidio per gli Stati membri per un ente sovranazionale che tenta con i suoi organi di *imporre* soluzioni oltre quanto ad esso specificamente attribuito come competenza dai Trattati

Esempi? La dottrina dell'effetto utile nella interpretazione teleologica del diritto europeo (e del diritto derivato) da parte della CGUE

E d'altra parte, gli **Stati membri, ubi voluerunt, dixerunt**: si pensi alla Direttiva sulla fusione transfrontaliera come seguito diretto di *SEVIC*, o alla Direttiva 2019/2121/UE come effetto (anche) di *Polbud*.

Spia ulteriore? Il rapporto quantomeno dialettico tra organi della UE: Parlamento e Commissione su tutti. Si pensi alla proposta di direttiva sulla *due diligence* emessa dal Parlamento



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Rassegnarsi, quindi? Forse si può pensare ad una **soluzione di mediazione**, immaginando la possibilità di una **estensione ermeneutica a livello nazionale di quelle sole decisioni CGUE** che riguardano non lo stretto merito, ma **stabiliscono criteri per la declinazione in concreto dei principi**, come potrebbe essere definita la sentenza nel caso *Gebhard*

Ma... chi definisce se si versa, in concreto, in quest'ultimo caso, o meno?

E, in fondo, anche l'esempio *Polbud/SEVIC* sarebbe espressione di un criterio che declina il principio di stabilimento

E ancora attenzione al rischio di una percepita ultrattività del giudicato europeo nell'ambito delle relazioni «politiche» tra i diversi attori coinvolti

Ma il tema si pone anche a **livello normativo positivo**: ad esempio, l'attenzione che il DSE dedica alla tematica dei **diritti di partecipazione dei lavoratori** alla gestione dell'impresa può essere interpretato nel senso di un inserimento della questione nella prassi societaria nazionale, ad esempio in Italia, anche **senza che vi sia una specifica norma che lo imponga?**

Ciò senz'altro non è avvenuto con la trasposizione della Direttiva 2001/86/CE sulla SE

Potrà accadere dopo la Direttiva 2019/2121/UE, in cui il tema è trattato limitatamente a fusioni, scissioni e trasformazione transfrontaliera, desumendo a livello nazionale un principio da applicarsi anche in altri casi, di operazioni con forte impatto sui lavoratori (affitto d'azienda?)?



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

A livello di trasposizione a livello nazionale di norme europee, tenere presente il **divieto di Gold plating** (l. 246/2005, art. 14, c. 14**bis**-14**quater**): applicazione minima del dettato europeo:

«24-bis. Gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater.

24-ter. Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:

a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive;

b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari;

c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive. »



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Ad esempio?

- **Costituzione online delle società** (direttiva 2019/2121/UE): solo s.r.l. (e s.r.l.s.)

E il **diritto non ancora formato compiutamente** a livello nazionale, perché non ancora trasposto, ma già vigente a livello europeo?

I giudici **possono utilizzare il DSE come criterio ermeneutico** rispetto alla applicazione della norma – non ancora di trasposizione – eventualmente già vigente a livello nazionale?

Un po' come, a livello nazionale, si sta operando con l'interpretazione delle norme della l. fall. alla stregua di quanto previsto dal CCII

Un esempio: **costituzione online di start-up innovativa**, in pendenza di trasposizione della Direttiva 2019/1151/UE

Soluzione favorevole mi pare convincente, anche per velocizzare gli effetti del DSE

Per quanto serve cautela attesa la possibilità di differenti modalità



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

E c'è pure il problema dell'utilizzo con finalità ermeneutica della **norma DSE ancora in formazione**

Ma, in questo caso mi pare sia azzardato dare una soluzione affermativa: sarebbe poco più di una scommessa

Si può dare il caso di una **sentenza europea «in formazione»**, in quanto «anticipata» da orientamenti espliciti in casi diversi

Obiter dictum nel caso Cartesio: v. sotto

Può avere un valore ermeneutico per il giudice nazionale?

Certamente **segnala una tendenza**, ma per un vero e proprio valore ermeneutico bisogna prestare attenzione al caso concreto



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

E il DSE può intervenire a **livello nazionale** in **questioni** apparentemente con **poca attinenza** con la **dimensione europea**?

Sia a livello **normativo**, sia a livello **giurisprudenziale**

Esempio: **art. 10 Dir.Cod.**: necessità di atto pubblico per documento costitutivo della società in quegli Stati membri «la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo amministrativo o giudiziario»

Quanto deve essere pregnante questo controllo? Da parte di chi? Il controllo formale del R.I. non basta? Per Cons. Stato, no. Decide l'Europa? Ma a che titolo?

E poi... in Francia ed in Portogallo, quando si è modificato il sistema della costituzione delle società non prevedendo più in via generale un intervento notarile, non è stato introdotto un ulteriore livello di controllo

Mentre **in Italia il Cons. Stato cita direttamente la Direttiva per argomentare l'illiceità della costituzione online delle start-up innovative**, in quanto carente di atto pubblico, e senza tutele alternative

E a tacere delle diverse versioni linguistiche: *atto pubblico*, *due form of law*, ... in cui ciascuna espressione implica uno specifico concetto giuridico.



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Esempio: **la s.r.l.s. è un *tipo* societario autonomo?**

L'allegato IIbis Dir.Cod. lo qualifica in questi termini. È un problema?

Di per sé, no... ma se un allegato, da cui dipende l'ambito di applicazione di talune norme, cita l's.r.l.s., e in altri allegati si cita solo la s.r.l. (evidentemente – anche – perché temporalmente successiva la s.r.l.s. rispetto alla versione originale dell'allegato – peraltro non vero rispetto alla Dir.Cod. del 2017...), questo significa che le norme applicabili alla s.r.l., in assenza di rinvio espresso, sono da ritenersi *non applicabili* alle s.r.l.s. (e agli altri modelli societari che scontano il medesimo problema nell'allegato IIbis?)

Ma soprattutto: compete alla UE definire cosa sia un tipo sociale?

Oppure, per converso, si creano **tipi societari, anche *ad hoc* per «scappare» alle norme europee**

La s.a.s. francese e la II Direttiva sulle società azionarie

Il che porta al problema – sistematico – della interpretazione per estendere in via sostanziale la disciplina prevista per modelli societari preesistenti a forme di nuova istituzione. Peraltro con la necessità di comprendere quali criteri interpretativi utilizzare: Teleologico? Sistematico? Letterale? Forse storico (ma nel caso: nazionale, o europeo)?



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Esempio, ancora **normativo**, e risalente. È competente il DSE a definire cosa sia una **società** per il diritto nazionale?

La questione nasce sulla base del **quinto Considerando del Regolamento GEIE** (2137/1985/CEE): «considerando che il gruppo si differenzia da una società soprattutto per il suo scopo che è soltanto quello di facilitare o di sviluppare l'attività economica dei suoi membri per permettere loro di migliorare i propri risultati»

Ma cosa sia una società è di **competenza di ciascuno Stato membro** il deciderlo

Lo stabilisce l'art. **54.2 TFUE**...

... e lo ribadisce la giurisprudenza costante della Corte, da **Daily Mail** in poi

In definitiva: un **GEIE può essere una società?**

Per il diritto tedesco, in linea generale, si applica la disciplina della *offene Handelsgesellschaft*

Più in generale: sia il legislatore nazionale a decidere, in via autonomia, cosa sia una società



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

Esempio, a livello **giurisprudenziale**: la sentenza **Volkswagen** (Caso C-112/2005)

La legge speciale che regolamenta VW dispone che «1. La Repubblica federale di Germania e il Land della Bassa Sassonia sono autorizzati a designare ciascuno due membri del consiglio di sorveglianza, purché posseggano azioni della società.

(...)

3. Le decisioni dell'assemblea generale per le quali, ai sensi della legge sulle società per azioni, è necessaria una maggioranza pari almeno ai tre quarti del capitale sociale rappresentato in occasione della loro adozione richiedono una maggioranza superiore ai quattro quinti del capitale sociale rappresentato in occasione di tale adozione»



Interpretare diritto nazionale alla luce DSE

La CG rileva che «Una siffatta possibilità rappresenta una deroga al diritto societario comune. Quest'ultimo limita infatti i diritti di rappresentanza concessi a taluni azionisti a un terzo del numero di rappresentanti degli azionisti nel consiglio di sorveglianza. Nel caso della Volkswagen, in cui, come ha affermato la Commissione senza essere contraddetta sul punto, il consiglio di sorveglianza è composto di 20 membri, 10 dei quali sono designati dagli azionisti, il numero di rappresentanti designabili dallo Stato federale e dal Land della Bassa Sassonia potrebbe essere, secondo il diritto societario comune, pari al massimo a 3.». Valuta pertanto la **previsione normativa alla stregua di una limitazione alla libera circolazione dei capitali**

Il caso riguarda naturalmente una *golden share*...

... ma il principio potrebbe teoricamente spingersi *molto oltre*. E questo confine è un crinale ripidissimo

Se si aderisce alla visione della CG, allora **qualunque non proporzionalità tra posizioni sociali potrebbe essere tacciata di limitare la libertà di circolazione dei capitali**.

E questo, se è censurabile addirittura quando è previsto per legge, non lo sarebbe ancor di più ove fosse concesso per clausola statutaria?



Interpretare DSE alla luce di DSE

A livello **giurisprudenziale**, principalmente CGUE, ma non solo

Un esempio: il **valore giuridico di un *obiter dictum***

Quanto l'*obiter* di *Cartesio* ha influenzato l'esito di *Polbud*?

Obiter dictum come **ulteriore modalità di velocizzazione dello sviluppo di DSE**

Ma siamo certi che sia **utile**, prima ancora che **legittimo**? Ove il giudice successivo dovesse avere differente intendimento, si verserebbe in una situazione perlomeno curiosa di **contrasto tra giudicati**, di cui uno in atto e uno in potenza



Interpretare DSE alla luce di DSE

Un secondo esempio: appunto, i **contrasti tra giudicati**

Si pensi come ricondurre a sistema, ad esempio, *Centros* con *Cadbury Schweppes*

Un caso specifico sul punto è la sentenza *Polbud*, in cui una **quadra interpretativa**, per quanto **faticosa**, si può rinvenire

Una terza questione: le **norme successive che modificano solo parzialmente** il sistema

A seguito della Direttiva 2019/1151/UE la **pubblicazione delle informazioni** iscritte nel registro nazionale (interconnesso) è meramente **eventuale**. La modifica interessa la Dir.Cod.; ma **non** viene **ripresa** nelle fonti normative in materia di **GEIE** e **SE**, che pure hanno, autonomamente, la medesima disposizione come operativa

Continuare a dare attuazione al diritto come originariamente previsto per GEIE e SE è un rigido formalismo?

E i **rinvii**, in caso di *lex superveniens*? Fissi o mobili? Sulla base di quale criterio?



Una conclusione?

Anche a livello di interpretazione si nota la **tensione** tra le varie anime europee.

Il **diritto nazionale** si è visto, in passato, **minacciato da quello europeo**; la diffidenza attuale è forse figlia del desiderio di non ripetere nuovamente un errore di eccessiva facilità nella ritrazione dalle proprie competenze

In generale il problema è se sia corretto lasciare che sia il DSE a «riempire» spazi, in nome dell'armonizzazione, che però non è un valore in sé, ma solo se finalizzata veramente al perfezionamento del mercato unico.

Qualunque cosa significhi.



Grazie per l'attenzione!

Domande?

alessio.bartolacelli@unimc.it
