

Anno 8 – Numero 16

8 settembre 2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- Società fra professionisti
- Contratto di società: rescindibilità
- Direttiva *Record Date*

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Marco Marulli, Francesca Mazzacurati, Giuseppe Sorrentino

I saggi costituenti “Studi e Opinioni” sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari competenti nei vari settori. La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori. Ogni scritto è preceduto da un abstract in italiano e in inglese. Saranno pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>La società tra professionisti: lo stato dell'arte e il diritto recente</i> di Marco Marulli	9
<i>In tema di rescindibilità del contratto di società</i> di Giuseppe Sorrentino	50
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>Società controllate e collegate alla luce della nuova disciplina introdotta in attuazione della direttiva "record date"</i> di Oreste Cagnasso	66
OSSERVATORIO INTERNAZIONALE	
<i>Transportation Projects: Colombia transitioning between models - Autopista Ruta del Sol (PARTE II)</i> di Francesca Mazzacurati	70
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	99
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	102

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

La società tra professionisti: lo stato dell'arte e il diritto recente

L'Autore ripercorre l'iter della regolamentazione delle forme di esercizio associato delle professioni, soffermandosi sulla disciplina delle società tra professionisti e le figure ad essa affini.

di **Marco Marulli**

In tema di rescindibilità del contratto di società

Il lavoro affronta il tema dell'applicabilità dell'istituto della rescissione al contratto di società. Tenuto conto delle sue peculiarità si è concluso per un'applicabilità solo potenziale. Viene altresì affrontato il profilo del rapporto tra rescissione ed operazioni straordinarie.

di **Giuseppe Sorrentino**

RELAZIONI A CONVEGNI

Società controllate e collegate alla luce della nuova disciplina introdotta in attuazione della direttiva "record date"

Sono oggetto di esame i profili che possono assumere rilevanza nell'ottica dei gruppi alla luce delle innovazioni introdotte in attuazione della Direttiva "Record Date".

di **Oreste Cagnasso**

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

Transportation Projects: Colombia transitioning between models - Autopista Ruta del Sol (PARTE II)

The scope of this document is to analyze the legal and financial aspects of the implementation of the public-private partnership model of a developing country that is transitioning towards a more efficient level of performance. This case study of an important transportation infrastructure project focuses on the construction, improvement, operation and maintenance of a strategic toll road in Colombia that has been considerably delayed as a result of multiple variables.

First of all, an overview of the general legal system regulating the sector in the relevant country is provided in order to describe the evolution of the regulation provided for public-private partnerships, at times based on the direct experience of previous projects. This is not only to show the rapidity of the legislative response and the contractual solutions, but also to consider the level of protection with which the private party is afforded in the context of the contractual relationship with the State.

The Colombian legislator identifies three official models of generation of concessions, which have been following one another through the last 17 years. However, in the past three years, the Government has been developing a new model to be applied to the

SOMMARIO

project at hand, as fashioning a “fourth generation of concession”.

Subsequently, a brief analysis of the project Autopista Ruta del Sol (hereinafter, the “Project”) is purported to highlight the main risks involved, their allocation between the parties and the contractual solutions provided in connection therewith.

Finally, the comprehension of such risks, the legal reasons behind their allocation and their financial implications lead to the consideration of the most viable financial structure for the success of the project.

di **Francesca Mazzacurati**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
The partnership between professionals: the current situation and the recent law innovations	9
<i>The author traces the process of regulation of the practice associated professions, focusing on the regulation of partnerships including professionals and figures related to it.</i>	
by Marco Marulli	
About “rescindibilità” of association agreement	50
<i>The work deals with the applicability of the institution of “rescindibilità” to the association agreement. Considering its peculiarities, the institute appeared applicable only in theory. It is also examined the profile of the relationship between “rescissione” and extraordinary transactions.</i>	
by Giuseppe Sorrentino	
REPORT ON CONFERENCE	
Subsidiary and affiliate companies under the new rules introduced in the application of the "record date"	66
<i>The author examines the profiles that may be relevant in view of the groups under the innovations introduced by the Directive "Record Date".</i>	
by Oreste Cagnasso	
INTERNATIONAL OBSERVATORY	
Transportation Projects: Colombia transitioning between models - Autopista Ruta del Sol (PARTE II)	70
<i>The scope of this document is to analyze the legal and financial aspects of the implementation of the public-private partnership model of a developing country that is transitioning towards a more efficient level of performance. This case study of an important transportation infrastructure project focuses on the construction, improvement, operation and maintenance of a strategic toll road in Colombia that has been considerably delayed as a result of multiple variables.</i>	
<i>First of all, an overview of the general legal system regulating the sector in the relevant country is provided in order to describe the evolution of the regulation provided for public-private partnerships, at times based on the direct experience of previous projects. This is not only to show the rapidity of the legislative response and the contractual solutions, but also to consider the level of protection with which the private party is afforded in the context of the</i>	

INDEX-ABSTRACT

contractual relationship with the State.

The Colombian legislator identifies three official models of generation of concessions, which have been following one another through the last 17 years. However, in the past three years, the Government has been developing a new model to be applied to the project at hand, as fashioning a “fourth generation of concession”.

Subsequently, a brief analysis of the project Autopista Ruta del Sol (hereinafter, the “Project”) is purported to highlight the main risks involved, their allocation between the parties and the contractual solutions provided in connection therewith.

Finally, the comprehension of such risks, the legal reasons behind their allocation and their financial implications lead to the consideration of the most viable financial structure for the success of the project.

by **Francesca Mazzacurati**

LA SOCIETÀ TRA PROFESSIONISTI: LO STATO DELL'ARTE E IL DIRITTO RECENTE

L'Autore ripercorre l'evoluzione della normativa in ordine alle forme di esercizio associato delle professioni, soffermandosi sulla disciplina delle società tra professionisti e le figure ad essa affini.

di MARCO MARULLI

1. Professioni ed impresa: un rapporto difficile tra retaggi antichi e tendenze al nuovo

Quello dell'esercizio in forma societaria di una professione intellettuale è da sempre un tema tradizionalmente caldo nel dibattito che mette a confronto le categorie dell'impresa e della società.

Anche senza soffermarsi sulle ragioni di ordine storico e sociologico che hanno fatto da sfondo al radicamento nella cultura giuridica moderna, anche in quella più recente, della contrapposizione tra attività professionali e attività di impresa¹ vi è sempre stata una certa difficoltà di approccio nell'affrontare il tema. Una difficoltà, che è prima di tutto di ordine ideologico se, come sembra, guardando alla realtà odierna delle libere professioni, l'evoluzione fatta segnare dalle attività professionali inclina fortemente verso un modello, che pur non dismettendone i caratteri tipici della personalità della prestazione e della responsabilità individuale, non rifugge tuttavia da una crescente assimilazione al modello dell'impresa, dell'impresa, a ben vedere, ricalcando i requisiti per così dire ontologici, nessuno infatti oramai potendo più dubitare che quella del professionista intellettuale sia un'attività economica nel senso fatto proprio dall'art 2082 c.c. ossia un'attività produttiva svolta con criteri di

¹ La contrapposizione avallata dalla Rel al cod.civ., n. 917 ("Il codice fissa il principio che l'esercizio di una professione non costituisce di per sé esercizio di un'impresa, neppure quando l'espletamento dell'attività professionale richieda l'impiego di mezzi materiali e dell'opera di qualche ausiliario") è correntemente spiegata, come riferisce Leozappa, *Società e professioni intellettuali. Le società professionali tra codice civile e leggi speciali*, Milano, 2004, 224 ss., ove ampi richiami, cui *adde*, tra gli altri, segnatamente Spada, *Diritto commerciale*, I, Padova, 2004, 48 ss. "in funzione del privilegio che la nostra legge concederebbe al professionista per ragioni sociali".

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

economicità² e che, come l'imprenditore³, anche il professionista intellettuale possa disporre per l'esercizio della propria attività di una struttura organizzativa di notevole complessità⁴.

Ma se, scendendo sul piano delle norme, si vuole vedere un riflesso più diretto di questa *ancien querelle*, allora occorre guardare sicuramente al ruolo sistematicamente decisivo che vi gioca l'art. 2238 c.c. ed, in particolare, la disposizione del suo primo comma secondo la quale "se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa si applicano anche le disposizione del titolo II".

La norma viene generalmente intesa in chiave negativa, giacché è in base ad essa che solitamente si afferma che quella del professionista intellettuale non è un'attività imprenditoriale. In particolare, si è osservato⁵, facendo riferimento ai casi scolastici del medico che gestisce la casa di cura, del professore che gestisce un istituto di istruzione privata e dell'ingegnere che gestisce un'impresa edile, "il professionista intellettuale diventa ... imprenditore solo in quanto svolga un'ulteriore attività, diversa da quella intellettuale e definibile, in sé considerata, come attività di impresa".

² Marasà, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 424 ss. ("In breve, l'attività professionale è da ritenere *economica* in entrambi i sensi richiesti dall'art. 2247; è attività produttiva di nuove utilità – consistenti nella fornitura al mercato di un *servizio* – ed è attività svolta dal professionista per conseguire *utili*; è, perciò economica sia nel risultato sia nel metodo), cui *adde* con diretto riferimento al nostro argomento già Bussoletti, *Società di professionisti*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 1073 e di seguito Galgano, *Le professioni intellettuali ed il concetto comunitario di impresa*, in *Contratto e impresa*, 1997, 2; Marasà, *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. notariato*, 1997, 1346, nt. 3; Pettiti, *Le "nuove" società di professionisti*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1997, I, 1030; Pavone La Rosa, *Società tra professionisti e artisti*, in *Riv. società*, 1998, 95.

³ "Bisogna allora ricordare che la distinzione fra professionista intellettuale ed imprenditore è una distinzione qualitativa, non già quantitativa: attiene alla natura dell'attività esercitata ed alla natura dei servizi prestati, non già alle dimensioni dell'organizzazione" annota Galgano, *Professioni intellettuali, impresa, società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 2.

⁴ "Infatti l'evoluzione delle professioni intellettuali ed in particolare di quelle che richiedono il supporto di sofisticate tecnologie ed ingenti investimenti di capitali spinge inevitabilmente verso l'utilizzazione di strutture organizzative di tipo imprenditoriale per il loro esercizio in forma associata": Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 6^a ed.. Torino, 2008, 14.

⁵ Galgano, Id., *Le società in genere. Le società di persone*, 3^a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, 25, nonché più estesamente Leozappa, *Società e professioni intellettuali*. cit., 229 ss.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Ma è probabilmente più coerente, rispetto al significato letterale delle parole che lo compongono, la lettura della norma patrocinata da quanti⁶, sfrondandone il dettato di ogni suggestione sistematica, avvertono al contrario che l'art. 2238 c.c. ha solo la funzione di richiamare nell'ambito della disciplina professionale le norme in tema di impresa e di renderle applicabili quando questa divenga elemento di una più ampia attività organizzata.

Del resto qualche segnale in questa direzione, in direzione, cioè, di un superamento della funzione di spartiacque che l'opinione tradizionale assegna all'art. 2238 c.c. proviene anche dal legislatore che, nel disciplinare la società tra avvocati e nell'estendere ad essa, come vedremo, le norme sulla società in nome collettivo e talune delle disposizioni dello statuto dell'imprenditore commerciale, ha dato mostra di credere, sia pure se per scongiurarne espressamente sotto lo specifico aspetto della sua fallibilità ogni sovrapposizione tra loro, che attività professionale ed attività di impresa, quantomeno quando la prima assuma forma societaria, non siano poi realtà così lontane l'una dall'altra.

Né si può infine dimenticare che le innovazioni legislative più recenti intervenute in questo campo sono poi il frutto, in ambito nazionale, di un germoglio comunitario assai vigoroso⁷, che ha visto le fonti di quel diritto assecondare con occhio attento alla realtà delle attività professionali nel contesto dell'economia moderna un *trend* di progressiva unificazione ed omogeneizzazione delle attività economiche, sino a pervenire all'affermazione resa con la celebre sentenza Hofner, che “la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento” e che nulla cambia nella natura economica dell'attività esercitata dai liberi professionisti “il fatto che essi rappresentino un'attività liberale regolamentata che le prestazioni presentino un carattere intellettuale, tecnico o specializzato e che sono fornite su base personale e diretta”.

Con un brutto eufemismo si dice, di fronte a queste tendenze, che il mondo delle libere professioni sta vivendo un processo di “imprenditorializzazione”.

E di ciò, giudizio estetico a parte, non si potrà ovviamente non tener conto nell'interpretazione del diritto interno. Alla sua ricognizione, allo stato attuale

⁶ Schiano di Pepe, *Società e associazioni tra professionisti e artisti*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1; Pettiti, *Le “nuove” società*, cit., 1031; Mucciarelli, *Le società tra professionisti dopo la legge “Bersani”*, in *Giur. it.*, 1999, 1012.

⁷ Sulla nozione comunitaria di impresa che tende invero a recepire un concetto unitario di operatore economico impostato sulla comune matrice di un'attività economica diretta alla produzione di beni e servizi e dove, di riflesso, la distinzione tra attività professionale ed attività di impresa è venuta progressivamente a sfumare, Afferni, *La nozione di impresa comunitaria*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, 127 ss.; Bonfante, Cottino, *L'imprenditore*, in *Tratt. Cottino*, I, Padova, 2001, I, 455 ss.; Spada, *Diritto commerciale*, cit., 49 ss.; Corapi, *Impresa (dir. com.)*, in *Enc. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 739 ss.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

dell'elaborazione e alle imporanti novità legislative intervenute nel frattempo in materia sono appunto dedicate le pagine che seguono.

2. La società tra professionisti e le figure affini: il conferimento dell'incarico a due o più professionisti o ad un'associazione di professionisti

Nel far questo sembra doveroso far tesoro di una raccomandazione comune a tutte le trattazioni sul tema e procedere per quanto possibile alla preventiva delimitazione del terreno di indagine.

Nell'arco delle possibili forme di esercizio associato delle professioni la denominazione società tra professionisti o società professionale⁸ si applica infatti indifferentemente a realtà assai eterogenee, che rinvengono la principale, se non l'esclusiva, ragione di una catalogazione sotto una comune denominazione giuridica nel mero fatto che vi appare coinvolta la figura del professionista intellettuale, nel senso cioè che di esse l'attività professionale ne rappresenta un elemento costitutivo ovvero un elemento che vi è in vario modo richiamato.

Si può perciò cominciare col dire, per orientarsi, che secondo una definizione da tempo generalmente condivisa⁹ la società tra professionisti è la società che "abbia ad oggetto sociale l'esercizio di una determinata professione, con comunione di spese e di utili fra i soci e che all'esterno appaia come il professionista". Con uno sforzo di maggior precisione, condotto prevalentemente sul piano descrittivo, si è detto anche, muovendo dal visto presupposto che la società fra professionisti è quella che ha per l'appunto ad oggetto l'esercizio in comune di un'attività professionale, che "gli

⁸ Le locuzioni "società tra professionisti" e "società professionale" nell'accezione comune vengono solitamente utilizzate in modo indistinto, e ciò sia pure ad onta del fatto che, come vedremo, la realtà delle forme societarie identificabili con l'esercizio di una professione intellettuale è assai differenziata. Le distingue invece, da ultimo, Schiano di Pepe, *L'oggetto sociale nelle società tra professionisti*, in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 131, a parere del quale è solo la prima che avvalorata la tesi della natura comune dell'attività svolta dai professionisti riuniti in società. Di "società professionista" in questo secondo senso parla pure Guizzi, *Attività professionale e forma societaria: note minime in margine ad una (pseudo) riforma*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1997, I, 1043.

⁹ Buonocore, *Le società*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, 195; e così pure Schiano di Pepe, *La società di professionisti*, in *Tratt. Rescigno*, 15, 2, Torino, 1986, 1502; Montalenti, *Professionisti (Associazioni e società fra)*, in *Digesto comm.*, X, Torino, 1995, 387; Bussoletti, *Società di professionisti*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano, 1990, 1071; Marasà, *Le società. Società in generale*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2^a ed., 2000, 213; Di Sabato, *Diritto delle società*, 2^a ed., Milano, 2005, 9; Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 18; Galgano, *Le società in genere*, cit., 33. Una definizione corrispondente in giurisprudenza si trova in Trib. Milano, 19.3.1979, in *Giur. comm.*, 1979, II, 578, ove in motivazione si definiscono le società tra professionisti come "le società costituite da più soggetti abilitati all'esercizio di una determinata professione per l'espletamento in comune della professione medesima".

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

incarichi professionali sono ... assunti dalla società ed è la società che giuridicamente si obbliga ad eseguire le relative prestazioni professionali sia pure attraverso i propri soci a loro volta obbligati verso la comune società a prestare la propria attività intellettuale”¹⁰; ovvero che è la società “che attraverso i singoli professionisti presta a terzi servizi intellettuali in funzione dell’interesse del gruppo, restando giuridicamente imputato lo svolgimento dell’attività professionale alla società”¹¹; o ancora, con occhio più attento ai profili costitutivi della fattispecie, che la società tra professionisti appare caratterizzata dal concorso di una duplice necessità ossia sul piano soggettivo “che la compagine sociale sia riservata ai professionisti iscritti agli albi” e sul piano oggettivo “che la società sia tipicamente preordinata all’esercizio dell’attività professionale propria della categoria”¹².

Su questa premessa, che valorizza, dunque, quale dato saliente della fattispecie il fatto che l’attività esercitata dai professionisti intellettuali che si costituiscono in società non è diversa dalla stessa attività che ciascuno di essi potrebbe esercitare singolarmente, si rende possibile tracciare, alla stregua dei risultati fatti segnare dal lungo dibattito cui l’argomento ha dato luogo, alcune distinzioni di principio che valgono in pari tempo a chiarire i contorni della fattispecie e, attraverso una sommaria panoramica delle figure¹³ che evocano l’idea dell’esercizio in forma associata della professione ma che non danno propriamente vita a una società tra professionisti, pure a ad indicare i limiti entro i quali si pone o si può ancora porre correttamente il problema della sua ammissibilità.

Così esulano dal perimetro della nostra indagine quelle forme di esercizio dell’attività professionale che fanno perno sul conferimento dell’incarico congiuntamente o separatamente ad una pluralità di professionisti¹⁴.

In questo caso, si è osservato¹⁵, ciascun professionista resta libero di accettare l’incarico e, se lo accetta, stipula con il cliente un contratto distinto, seppur di contenuto identico ai contratti stipulati con gli altri, resta libero di recedere dal contratto quando

¹⁰ Campobasso, *Limiti attuali di un divieto e prospettive di riforma*, in *Foro napoletano*, 1996, 10.

¹¹ De Mari, *Le società tra professionisti dopo la l. 4 agosto 2006, n. 248 (aspettando una disciplina generale)*, in *Soc.*, 2008, 668, nt. 2.

¹² Leozappa, *Società e professioni intellettuali*. cit., 44, nonché già così Marasà, *Le società. Società in generale*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 178.

¹³ La realtà fenomenica che si iscrive nell’orbita dell’esercizio in forma associata di una libera professione è assai estesa ed è stata analiticamente indagata da Ibba. *Professioni intellettuali e impresa*, IV, *Esercizio associato della professione e società*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, 53 ss. – donde citeremo in seguito – e Id., *Professioni intellettuali e società*, in Ibba, Latella, Piras, De Angelis, Macrì, *Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987, 385 ss.

¹⁴ Di Sabato, *loc. ult. cit.*; Campobasso, *Diritto commerciale*, cit. 15; Galgano, *Le società in genere*, cit., 27; Marasà, *Le società*. cit., 219.

¹⁵ Buonocore, *Le società*, cit., 194.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

lo ritenga opportuno e con pari libertà può scegliere come procedere nella sua esecuzione, quantunque sia ragionevole che nel far ciò, onde soddisfare al meglio l'interesse del cliente, sia portato a coordinare la propria attività con quella degli altri professionisti incaricati insieme a lui.

Non è perciò dubitabile in base ai principi codicistici che regolano il contratto d'opera professionale e, segnatamente, in base all'art. 2232 c.c., che il professionista sia vincolato ad eseguire personalmente l'incarico e risponda personalmente della sua esecuzione, anche laddove nel darvi corso si valga della collaborazione di eventuali ausiliari o sostituti. Anzi il carattere rigorosamente personale della prestazione e della relativa responsabilità, che si ha ragione di confermare anche in caso di contestuale conferimento dell'incarico a due professionisti, così come più in generale porta ad escludere che le ragioni di nullità afferenti all'incarico conferito ad uno di essi si comunichino all'intero rapporto¹⁶, preclude, più in particolare, che il compenso, ove l'incarico sia conferito con espresso riferimento alle rispettive ed autonome prestazioni che ciascuno degli officati è in grado di eseguire secondo la propria competenza professionale, possa essere liquidato in modo unitario, dovendo al contrario essere liquidato per ciascuno di essi secondo l'attività in concreto prestata¹⁷.

Né questo giudizio si presta a rieditazione in presenza di un preesistente accordo associativo tra i professionisti, che li obblighi a prestare stabilmente la propria collaborazione negli incarichi professionali affidati loro singolarmente, dato che le attività espletate da ciascuno di essi, anche quando l'accordo contempra il patto di dividersi i compensi e le spese relative, restano pur sempre distinte ed autonome nei confronti del cliente¹⁸.

E' vero che, come si ripete dalla giurisprudenza in materia, il rapporto che validamente si instaura tra il cliente e i professionisti associati in uno studio si differenzia sostanzialmente da quello che si costituisce tra il cliente e più professionisti non associati, collegialmente ma separatamente incaricati di svolgere insieme la stessa prestazione, poichè in quest'ultimo caso si hanno tanti separati rapporti quanti sono i professionisti, laddove nel primo caso si ha un unico rapporto tra il cliente e i professionisti associati e questi si presentano al cliente e per esso operano come un'unica parte contrattuale, hanno diritto ad un solo compenso e la prestazione ad essi unitariamente chiesta può essere disimpegnata dall'uno o dall'altro o da tutti congiuntamente¹⁹. Più in generale sono legittimati ad agire in base al principio della rappresentanza reciproca, tanto che, in mancanza di esplicite limitazioni o previsioni in

¹⁶ Cass., 7.5.1980, n. 3012, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2735 e in *Foro padano*, 1980, I, 187.

¹⁷ Cass., 25.2.1989, n. 1035, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1866.

¹⁸ Campobasso, *Limiti attuali*, cit., 9.

¹⁹ Cass., 31.7.1987, n. 6636, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 598; *Giust. civ.*, 1988, I, 115; *Nuova giur. comm.*, 1988, I, 346; *Vita notarile*, 1988, 364.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

contrario, come il cliente che ha ricevuto la prestazione dai professionisti congiuntamente può corrispondere il compenso a uno solo di essi con effetti liberatori, così ciascuno di essi può chiedere l'intero compenso per l'opera prestata²⁰.

Ma, se l'efficacia del principio non può estendersi sino a ricomprensivarsi qualsiasi debito o credito contratto dai singoli professionisti²¹, il conferimento dell'incarico a più professionisti associati non muta la fisionomia del rapporto che si costituisce tra il cliente ed il singolo professionista e che ubbidisce alla regola della personalità della prestazione²²; e così come non comporta la sostituzione dell'associazione al singolo professionista²³, giacchè la legittimazione che talora si

²⁰ Cass. 4.7.1974, n. 1936, in *Foro. it.*, 1974, I, 3050; *Giust., civ.*, 1974, I, 1735; *Riv. notar.*, 1975, 924; Cass., 21.11.1979, n. 6065, in *CED*; Cass., 31.7.1987, n.6636, cit.; Trib. Milano, 29.4.1985, in *Soc.*, 1986, 57. Specularmente, per l'ipotesi in cui l'incarico sia conferito al singolo professionista ancorchè associato con altri, Cass., 11.9.2000, n.11922, in *Corriere giur.*, 2000, 1298, che ha rigettato l'istanza intesa a conseguire il compenso dovuto per l'opera prestata dal professionista officiato nel frattempo deceduto, non potendo presumersi che in questo caso, atteso il carattere personale e fiduciario del rapporto così instaurato, il conferimento dell'incarico equivalga ad un mandato rilasciato impersonalmente e collettivamente a tutti i professionisti dello studio medesimo.

²¹ Cass., 21.11.1979, n. 6065, cit., che ha perciò negato che il cliente possa opporre in compensazione, al professionista che chiede il pagamento del proprio onorario, un credito da esso vantato genericamente nei confronti dello studio professionale, qualora manchi la prova che tutti i professionisti associati abbiano contratto nei confronti del cliente i debiti dedotti in compensazione, o che ne abbiano comunque tutti tratto vantaggio.

²² “L'esercizio associato consentito dalla legge nulla toglie al carattere individuale della prestazione professionale, la quale non viene spersonalizzata se frutto della collaborazione di due professionisti” si legge in Cass. 4 luglio 1974, n. 1936, cit., nonché, più di recente, Cass., 8.8.2008, n. 21498, in *CED* e Cass., 10.12.2008, n. 28957, in *Corriere trib.*, 2009, 316 per la quale, posto che “l'attività professionale per il cui svolgimento è necessario un titolo abilitativo è caratterizzata, quanto al rapporto con il committente, dall'*intuitus personae* ... è da ritenersi che l'associazione tra professionisti, legittimamente attuata per dividere le spese del proprio studio e gestire congiuntamente i proventi della propria attività, non comporta il trasferimento all'associazione professionale della titolarità del rapporto di prestazione d'opera, che resta di esclusiva pertinenza del professionista investito, né l'insorgenza di un vincolo di solidarietà tra i professionisti dello stesso studio per l'adempimento della prestazione o la responsabilità nell'esecuzione della medesima”. Diversamente, invece, Galgano, *Professioni intellettuali*, cit., 14 e Galgano, *Le professioni intellettuali*, cit., 15, che, riflettendo sulla circostanza che in tal caso il rapporto di clientela si costituirebbe con lo studio “ellitticamente considerato”, osserva che “la facoltà di sostituzione reciproca fra i professionisti associati rende ormai superato il principio della personalità della prestazione”.

²³ Cass., 22.3.2007, n. 6994, in *CED*; Cass., 10.7.2006, n.15633, in *Danno e resp.*, 2007, 5, 530; Cass., 5.3.1997, n.1933, in *Giust. civ.*, 1997, I , 2834 e in *Vita notarile*, 1997, 419; Cass.,

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

accorda in chiave processuale all'associazione presuppone che la prestazione non abbia carattere personale²⁴, neppure priva il singolo professionista del diritto ad agire in giudizio per conseguire il compenso dovutogli²⁵, che beneficia perciò del privilegio dell'art. 2751-bis, n. 2, c.c.²⁶, e neppure ne altera il regime di personale responsabilità²⁷.

3. (Segue): la società di mezzi

Più addentro al campo societario si collocano poi altre due fattispecie di cui si dibatte abitualmente in tema di società tra professionisti e che occorre perciò tenere distinte da questa.

Si tratta della *società di mezzi* o della *società interna*²⁸, denominata così in ragione della mera rilevanza solo interna del vincolo sociale che si costituisce tra i soci e del fatto che esso non viene solitamente esteriorizzato nel rapporto professionale tra costoro ed i terzi e, quando lo sia, la società resta comunque estranea all'esecuzione della prestazione professionale; e della società, che talora viene accomunata alla prima, perché destinatari della sua attività possono essere anche gli stessi professionisti che provvedono alla sua costituzione²⁹, denominata *società di servizi*.

21.10.1997, n.10354, in *Vita notarile*, 1998, 1113; Cass., 21.3.1989, n.1405, in *Soc.*, 1989, 811; Trib. Padova, 30.1.2003, in *Banca dati giur. Platinum*.

²⁴ Cass., 22.10.2009, n. 22439, in *CED*; Cass., 16.11.2006, n. 24410, in *Impresa*, 2007, 311; Cass., 23.5.1997, n. 4628, in *Soc.*, 1997, 10 e in *Giur. it.*, 1998, 88; Trib. Genova, 13.1.2006, in *Banca dati giur. Platinum*.

²⁵ Cass., 8.8.2008, n. 21498, cit.; Cass., 22.3.2007, n.6994, cit.; Cass., 9.9.2003, n.13142, in *Arch. civ.*, 2004, 292 e in *Gius.*, 2004, 670; Trib. Genova, 13.1.2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, 4, 363; Trib. Treviso, 20.1.2009, in *Banca dati giur. Platinum*; Trib. Torino, 23.1.2004, in *Giur. it.*, 2004, 1901.

²⁶ Cass., 22.10.2009, n. 22439, cit.; Trib. Bari, 19.2.2008, in *Banca dati giur. Platinum*.

²⁷ Cass., 10.7.2006, n. 15633, cit.; Cass., 29.11.2004, n.22404, in *Mass. Giur. it.*, 2004, ; Trib. Bari, 19.2.2008, cit.; Trib. Cagliari, 5.3.1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 327.

²⁸ Ancorchè condividano il carattere dell'esclusiva rilevanza interna dell'accordo stretto tra i soci, secondo una distinzione presente in dottrina (Perulli, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 560, nonché *amplius* Ibba. *Professioni intellettuali e impresa*, cit., 63 ss.) e non ignorata dalla giurisprudenza (Cass., 12.3.1987, n.2555, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2022; *Foro it.*, 1988, I, 554; *Giust. civ.*, 1987, I, 2296; *Soc.*, 1987, 500; *Riv. notariato*, 1987, 850, in motivazione), la *società di mezzi* concernerebbe l'uso comune dei beni strumentali necessari allo svolgimento della professione e del personale ausiliario, mentre la *società interna* comporterebbe invece la ripartizione delle spese di studio e la ripartizione dei compensi.

²⁹ E' il caso emblematico della società che si occupa della gestione di strutture sanitarie, ove, come ha avvertito (Cass., S.U., 27.9.1997, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1998, I, 741 e in *Ragiusan*, 1998, f. 3-4, 19), può avvenire che "tra la società ed il professionista intervenga un contratto in base al quale la prima si obbliga a fornire al secondo tutti i beni strumentali e i servizi accessori che consentono o facilitano, ma non esauriscono, l'elemento specifico dell'attività professionale

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

La società di mezzi è comunemente definita³⁰ come la società costituita tra professionisti per l'acquisto e la gestione in comune dei beni strumentali necessari all'esercizio individuale delle rispettive professioni.

La società non ha per oggetto l'esercizio in comune dell'attività professionale³¹ e perciò si differenzia dalla società tra professionisti propriamente detta³², essendo costituita al solo scopo di permettere ai professionisti che vi partecipano di dividere le spese per i servizi richiesti dell'impianto e dal funzionamento di uno studio professionale (acquisto o locazione dei locali di esercizio, spese per il personale ausiliario, per le dotazioni informatiche, per le altre attrezzature di studio, ecc.). La sua costituzione, in particolare, non comporta la creazione di un nuovo soggetto di diritto ed infatti l'incarico professionale non viene conferito allo studio in quanto tale, ma, congiuntamente o disgiuntamente secondo le circostanze e le necessità del caso, ai professionisti che nello studio operano e agiscono in comunione di mezzi e di servizi³³.

La situazione è ben chiarita, quanto al rapporto tra la società e l'esercizio dell'attività professionale da un ricorrente passaggio motivazionale della giurisprudenza in materia³⁴, dove, dopo essersi precisato che non rientrano nel novero delle società

e il secondo si impegni a pagare un corrispettivo in misura fissa o proporzionale ai suoi proventi”.

³⁰ Montalenti, *Professionisti*, cit., 387; Buonocore, *Alcuni brevi commenti al Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società di avvocati*; in *Giur. comm.*, 2001, I, 301; Id., *L'impresa*, in *Tratt. Buonocore*, I, 2.1, Torino, 2002, 135; Marasà, *Le società*, cit., 218; Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., 9; Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 15; AA.VV., *Diritto Commerciale*, 5^a ed., Bologna, 2007, 62; Presti, Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, 3^a ed., II, Bologna, 2007, 10.

³¹ Cass., 13.7.1993, n.7738, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1969; *Soc.*, 1994, 46; *Riv. notariato*, 1994, 139; *Giur. comm.*, 1994, II, 191, ove però riportata con la data 25.2.1993 e con il n. 3441; Cass., 7.1.1993, n.79, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1927, *Vita notarile*, 1993, 845; *Foro it.*, 1994, I, 1193; *Nuova giur. comm.*, 1994, I, 673.

³² Costi, Di Chio, *Società in generale – Società di persone – Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sist. Bigiavi*, 3^a ed., Torino, 1991, 73, ove richiami.

³³ Buonocore, *Le società*, cit., 194 ss.

³⁴ Cass., S.U., 27.9.1997, n. 9500, cit.; Cass., 14.2.2001, n. 2078, in *Contr.*, 2001, 779; Cass., 13.7.1993, n. 7738, cit.; Cass., 13.5.1992, n. 5656, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 354; *Giust. civ.*, 1993, I, 711; *Giur. comm.*, 1994, II, 73; parimenti nel senso dell'ammissibilità della società di mezzi App. Catania, 15.4.2006, *Banca dati giur. Platinum*; T.A.R. Abruzzo, 28.9.1999, n. 559, in *Foro amm.*, 2000, 1453; Trib. Palermo, 16.10.1992, in *Soc.*, 1993, 519; Trib. Milano, 16.5.1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 737 e in *Soc.*, 1991, 1546; Trib. Livorno, 15.4.1989, in *Soc.*, 1989, 811; Trib. Brescia, 20.3.1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1725; *Soc.*, 1989, 711; *Riv. notariato*, 1989, 920; Trib. Genova, 22.10.1987, in *Soc.*, 1988, 187; C. St., 30.10.1986, n. 35, in *Giur. it.*, 1988, III, 1, 160 e in *Foro it.*, 1988, III, 106; Cass. pen., 23.4.1986, in *Riv. pen.*, 1987, 509; App. Bari, 9.6.1982, in *Soc.*, 1983, 1495.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

professionali gli accordi stretti tra professionisti che non coinvolgono l'attività professionale e si riferiscano unicamente alle spese di studio, all'uso dei beni strumentali e all'impiego del personale³⁵, si annota puntualmente che “ciò si verifica quando tra la società ed il professionista - che si pongano l'una rispetto all'altro come soggetti chiaramente diversi - intervenga un contratto per effetto del quale la società si obbliga a fornire al professionista tutti i beni strumentali ed i servizi accessori che consentono o facilitano (ma certamente non esauriscono) l'elemento specifico dell'attività professionale, personalmente prestata, e, dall'altro lato, il professionista si impegna a pagare alla società un corrispettivo, in misura fissa ovvero in proporzione dei suoi proventi professionali. Né la sostanza del rapporto muta, qualora a riscuoterli materialmente provveda, su incarico del professionista, la società stessa e trattenga poi, al momento di riversarglieli, quanto ad essa spettante, anche se un siffatto comportamento potrebbe ingenerare la sensazione che sia la società a ricavare direttamente un utile dall'attività del professionista, al lordo del costo della medesima, e oggetto della società sia, pertanto, l'esercizio in comune (vietato dalla legge) dell'attività professionale: l'equivalenza contabile, infatti, non deve far dimenticare la distinzione sostanziale tra le due ipotesi. La liceità di un siffatto contratto trova il suo fondamento, nell'autonomia contrattuale, riconosciuta dall'art. 1322 c.c. per tutti quei contratti che, pur non appartenendo ai tipi aventi una disciplina normativa particolare, siano però diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. ... D'altro lato, la liceità trova conferma nella constatazione che - rimanendo il professionista l'unico soggetto direttamente in contatto con la propria clientela, che da lui soltanto riceve la prestazione professionale (sia pure grazie ai mezzi fornitigli dalla società) - non viene compromesso il carattere personalissimo che la prestazione deve avere, né il correlativo apprezzamento dell'”*intuitus personae*”, né, in definitiva, il prestigio stesso che la professione "protetta" deve avere per meritare la fiducia del pubblico: cioè nessuno di quei valori a tutela dei quali la legge vieta l'esercizio delle c.d. "professioni protette" nelle forme della società commerciale e anche della semplice impresa”.

4. (Segue): la società di servizi e la società di ingegneria

Alla società di mezzi si affianca, su un piano di maggior prossimità rispetto alla società tra professionisti in senso stretto, tanto da renderne non sempre percepibile la differenza³⁶, la società di servizi.

³⁵ Cass., 12.3.1987, n.2555, cit.

³⁶ Come accaduto nel noto caso esaminato da Cass., 5.5.1967, n. 859, in *Giur.it.*, 1968, I, 1, 347, massimata nel senso che “una società di persone può avere per oggetto l'esercizio di un'attività intellettuale”, malgrado nella specie si trattasse di una società in nome collettivo che aveva ad oggetto il porre a disposizione di terzi, gestori di aziende commerciali, il lavoro dei suoi tecnici per suggerire innovazioni e perfezionamenti atti a consentire una riduzione di costi della organizzazione della produzione aziendale.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Diversamente dalla prima, ove la società è costituita in funzione del professionista che si avvale dell'organizzazione da essa predisposta per l'esercizio in forma individuale o anche associata della propria attività ed ove la prestazione professionale, come si è visto, non costituisce l'oggetto sociale della società, che resta infatti estranea al rapporto di clientela che si stabilisce tra il committente ed il professionista o i professionisti incaricati dell'opera, nel caso della società di servizi il rapporto tra attività professionale e società si mostra capovolto poiché, da un lato, l'attività professionale viene prestata in funzione della società e nel concorso di altri fattori produttivi dà normalmente vita alla realizzazione di un *opus* diverso e più complesso di quello che potrebbe essere fornito dal singolo professionista, dall'altro, l'attività della società consiste proprio nel combinare il lavoro intellettuale con gli altri fattori della produzione e nell'offrire al mercato in forma di servizio il prodotto risultante da questa combinazione, che non si identifica pertanto nella semplice prestazione di un'attività tipicamente intellettuale³⁷.

L'ipotesi è, per intenderci, quella che una dottrina³⁸, con una formula destinata ad acquisire in seguito un certo successo³⁹, ha definito come "società fra capitalisti per l'esecuzione delle altrui prestazioni intellettuali" ed identifica propriamente secondo un *dictum* di legittimità che segnò una svolta decisiva nel dibattito in materia⁴⁰, "le società aventi ad oggetto attività ausiliarie di informazione, consulenza ed assistenza che per loro natura, caratteristiche e finalità non si risolvono nell'esercizio di una professione intellettuale protetta, giacché le società in parola sono da identificarsi come imprese di servizi, e ciò anche quando nell'ambito organizzativo ed operativo di esse si configuri la

³⁷ Abbadessa, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. Rescigno*, 16, Torino, 1985, 17, nt. 36; Campobasso, *Limiti attuali*, cit., 10; Marasà, *Le società*, cit., 216; Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., 10; Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 16; AA.VV., *Diritto commerciale, loc. ult. cit.*

³⁸ Così da ultimo Galgano, *Le società in genere*, cit., 32 ss.

³⁹ Caselli, *Società fra professionisti e società tra capitalisti per la prestazione di servizi intellettuali*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 332; Schiano di Pepe, *La società di professionisti*, cit., 1503; Bussoletti, *Società di professionisti*, cit., 1077; Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., 549, nonché, in giurisprudenza Trib. Milano, 19.3.1979, in *Giur. comm.*, 1979, II, 578. Giudica, da ultimo, che "questa distinzione sia stata molto sopravvalutata" Ibba, *Le società fra professionisti dopo l'abrogazione dell'art. 2 l. 1815/1939*, in *Riv. notariato*, 1997, 1359; e *amplius*, Id., *Professioni intellettuali e impresa*, cit., 78.

⁴⁰ Cass., 30.1.1985, n. 566, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1014; *Foro it.*, 1985, I, 2959; *Giust. civ.*, 1985, I, 1947; *Giur. comm.*, 1985, II, 737; *Nuova giur. comm.*, 1985, I, 430, seguita successivamente da Cass., 29.7.1986, n.4870, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1432; C. St., 3.4.1990, n. 314, in *Cons. Stato*, 1990, I, 542; *Foro amm.*, 1990, 917; *Soc.*, 1990, 1046; Cass., 2.3.1994, n.2053 in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1272 e in *Dir. fall.*, 1994, II, 1077; Cass. civ., 2.10.1999, n.10937, in *Notariato*, 2000, 229.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

presenza di un apporto elaborativo concettuale da parte di soggetti dotati di formazione professionale corrispondente a quella di coloro che esercitano attività professionali protette”.

In queste società, in cui l'apporto intellettuale recato dal singolo professionista non rileva allo stato puro, in quanto viene ad integrarsi ed a fondersi con una serie di altre prestazioni ed operazioni finalizzate all'erogazione di un risultato globalmente valutabile⁴¹, “l'esercizio dell'attività professionale” – si è scritto⁴² – “ha una funzione strumentale rispetto all'attività imprenditoriale vera e propria che è quella della produzione di beni e servizi: l'attività posta in essere da questa società ed i suoi risultati produttivi sono, in altri termini, qualitativamente diversi dall'esercizio della libera professione e dai risultati della mera attività del professionista intellettuale”.

Il fenomeno si lega prevalentemente, ancorchè se non in modo esclusivo⁴³, all'emergere negli scenari socio-economici caratterizzati da un più alto tasso di sviluppo della figura della società di progettazione industriale o, più semplicemente, della società di ingegneria, la cui attività non si esaurisce nella semplice progettazione di opere di ingegneria, ma si estende sino a ricomprendervi la ricerca delle fonti di finanziamento o l'esecuzione di studi di fattibilità, come nel caso della *consulting engineering*, e perfino la realizzazione degli impianti e delle attrezzature industriali progettate come nel caso della *commercial engineering*.

Malgrado l'oggetto di queste società, al di là della confluenza in esso di prestazioni professionali di varia natura, non coincida affatto con l'esercizio di un'attività professionale protetta in quanto l'opera degli ingegneri e degli architetti che vi sono impegnati, in qualità di soci e spesso, specie nelle aggregazioni di maggiori

⁴¹ Cass., 29.11.2007, n. 24922, in *CED*; Cass., 1.10.1999, n.10872, *ivi*; Cass., 29.7.1986, n.4870, *cit.*; Cass., 10.6.1994, n.5648, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1337; *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 599; *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1995, II, 1; *Contr.*, 1995, 1, 51; C. St., 3.4.1990, n. 314, *cit.* Ancor più esplicita al riguardo era stata Cass., 30.1.1985, n. 566, *cit.* osservando in motivazione che, se anche nell'ambito organizzativo ed operativo della società fosse stato possibile intravedere o presumere un apporto elaborativo e concettuale riconducibile al campo delle libere professioni, “ciò non toglie che i risultati di quell'apporto possano presentarsi come suggeriti, condizionati e strumentalizzati da fattori di tutt'altra provenienza, così da risultare, in definitiva, fusi ed amalgamati nella formulazione di un prodotto o di un'utilità ‘nuova’ in espressione di quella capacità pragmatica ed interdisciplinare tipica dell'impresa di servizio”

⁴² Buonocore, *Le società*, *cit.*, 196.

⁴³ Nella categoria delle società di servizi rientrano anche le società di elaborazioni dati, che comprendono attività non semplicemente riconducibili a quelle dei commercialisti o dei ragionieri e (Campobasso, *Limiti attuali*, 10; Pettiti, *Le “nuove” società*, *cit.*, 1025) e, secondo una parte della dottrina (Campobasso, *Diritto commerciale*, *cit.*, 18 testo e nt. 31; *contra* però Pavone La Rosa, *Società tra professionisti*, *cit.*, 100, che vi vede invece un esempio di società fra professionisti), anche le società di revisione.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

dimensioni, con la qualifica di lavoratori subordinati, costituisce solo una parte di una più ampia attività imprenditoriale, essendo destinata a realizzare nel concorso con altri fattori un servizio nuovo e diverso rispetto alla mera attività di progettazione, la loro ammissibilità, sino al ricordato pronunciamento della Cassazione, è stata in giurisprudenza, a lungo contrastata.

Non è qui il caso di ripercorrere, neppure a grandi linee, l'andamento di un dibattito che, dopo la legittimazione che di queste figure è stata decretata a vario titolo ed in vario tempo dalla legislazione in materia di lavori pubblici, da ultimo con l'art. 90 D.lg. 12 aprile 2006, n. 163, ha perso ogni importanza e sarebbe perciò inutilmente rievocativo, potendo in ogni caso rimandarsi a quanto al riguardo si è detto meglio altrove.

Piuttosto preme rimarcare che, anche a seguito di queste importate novità, e pur non potendo non prenderne atto nel puntualizzare in un decalogo di raccomandazioni i principi regolatori della materia⁴⁴, la giurisprudenza ha inteso reiterare più volte l'idea che fuori da questo campo l'esercizio di una professione intellettuale protetta non possa sottrarsi all'osservanza del canone inderogabile della personalità⁴⁵, traendone il conclusivo corollario che sia affetto da nullità il contratto tra il committente e la società tra i professionisti che abbia ad oggetto una prestazione ricompresa nell'attività tipica del professionista⁴⁶.

“Siffatte disposizioni” – si è infatti osservato⁴⁷ – “se pur espressive (al di là del loro specifico contesto spaziale e settoriale) di un generale principio di liceità della costituzione di società di ingegneria (nelle due forme del ‘commercial’ e del ‘consulting’ engineering, secondo che l’opus ‘più complesso’ fornito dalla società sia o non esteso anche alla concreta realizzazione del progetto), debbono considerarsi, ai diversi fini della validità, in concreto, dei contratti conclusi dalle predette società, solo limitatamente abrogative del divieto ... di esercizio in forma anonima di attività ingegneristica. Nel senso ... che tale divieto, nel quadro normativo esaminato, ‘può cadere solo quando l’apporto intellettuale dell’ingegnere costituisca uno soltanto dei vari fattori, comprensivi di contributi intellettuali non riservati, confluenti nel risultato

⁴⁴ Cass., 2.10.1999, n.10937, cit.; Cass., 10.6.1994, n. 5648, cit.

⁴⁵ Cass., 6.12.1986, n. 7263, in *Giur. comm.*, 1987, II, 396 e in *Soc.*, 1987, 133; Cass., 6.12.1986, n. 7264, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2022 e in *Giur. comm.*, 1987, II, 396; Cass., 6.12.1986, n. 7265, *Foro it.*, 1987, I, 1125; *Giur. comm.*, 1987, II, 396; *Foro padano*, 1987, I, 204; *Riv. notariato*, 1987, 194.

⁴⁶ Cass., 29.11.2007, n. 24922, cit.; Cass., 18.4.2007, n. 9237, in *Foro it.*, 2007, 1, 2400 e in *Notariato*, 2007, 378; Cass., 18.4.2007, n. 9236, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 1.10.1999, n.10872, cit.; Cass., 8.9.1999, n. 9507, in *Contr.*, 1999, 1133; Cass., 26.1.1996, n. 590, in *Mass. Giur. it.*, 1996, ; Cass. , 29.11.1995, n.12351, in *Mass. Giur. it.*, 1995, ; C. St., 16.5.1988, n. 408, in *Giur. it.*, 1988, III,1, 190 e in *Foro amm.*, 1988, 1328.

⁴⁷ Da Cass., 1.10.1999, n.10872, cit., in motivazione.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

promesso'; rimanendo esso viceversa operante (con la connessa sanzione di nullità, conseguente alla sua violazione) qualora l'attività, oggetto del contratto tra il committente e la società, consista, secondo l'accertamento del giudice del merito, in una opera di progettazione di ingegneria civile interamente rientrante nell'attività professionale tipica dell'ingegnere e dell'architetto, e non in una attività preparatoria ed accessoria rispetto all'indicata progettazione”.

5. La società tra professionisti prima delle leggi Bersani...

Se le forme associative di esercizio della professione di cui ci siamo occupati nei paragrafi che precedono godono oramai di piena cittadinanza nell'ordinamento positivo ed in qualche caso, come si è visto per le società di ingegneria, possono perfino contare sullo *status* di un'esplicita consacrazione normativa, le vicende che hanno investito la società tra professionisti propriamente detta, la società, cioè, che esercita una professione intellettuale, si iscrivono al contrario in una parabola evolutiva che, malgrado i progressi compiuti lungo un arco di tempo che ha inizio qualche anno prima della codificazione del '42 e che più volte ha indotto a credere che la loro legittimazione fosse un fatto oramai compiuto⁴⁸, è tuttora lontana dall'essere pervenuta ad un approdo definitivo⁴⁹.

⁴⁸ Annotano significativamente, tra gli altri, Caccavale, Tassinari, *Le società professionali tra valutazioni di carattere sistematico e prospettive di riforma*, in *Riv. notariato*, 2000, 228, dopo l'abrogazione del divieto di cui all'art. 2 l. 1815/39, che “in definitiva l'approccio al tema risulta sostanzialmente modificato: non si tratterà più di discutere su un piano astratto della compatibilità tra strumento societario ed esercizio della professione intellettuale, bensì di verificare in concreto se esistano degli strumenti tecnici che consentono alla società di operare nel rispetto di tutte quelle garanzie poste nell'interesse del cliente e che si riferiscono non tanto al momento della conclusione del contratto quanto alle modalità della sua attuazione”.

⁴⁹ Dopo il maldestro tentativo di venir a capo della questione consumato con la prima legge Bersani e la semiclandestinità che ha accompagnato l'analogo sforzo compiuto con la seconda legge Bersani, il divieto di costituire società che abbiano ad oggetto l'esercizio in forma organizzata di attività professionali riservate, se non si vuole credere che si intenda precludere pure la costituzione delle associazioni tra professionisti, come paventa giustamente Leozappa, *Rischio paralisi per il sistema*, in *Il Sole-24 Ore*, 20 gennaio 2009, n. 19, 33., sembra aver bisogno, dopo che della sua abrogazione in forma tacita si era lungamente discusso in passato (ampi richiami in Ibba, *Professioni intellettuali e impresa*, cit., 101 ss.), dell'ennesima abrogazione in forma espressa, la terza in ordine di tempo, per poter scomparire dall'ordinamento positivo in modo definitivo se il legislatore, non si sa se per dimenticanza di quanto fatto in passato o per semplice sciattezza che gli impedisce di vedere oltre il semplice effetto vetrina, aveva avvertito nuovamente l'obbligo di abrogare la l. 1815/39 con l'art. 2, allegato A) del D.l. 22 dicembre 2008, n. 200. Diciamo aveva perché, *re melius perpensa*, ogni riferimento alla l. 1815/39 è caduto in sede di conversione, non figurando più la l. 1815/39 tra i provvedimenti abrogati dall'allegato alla l. 18 febbraio 2009, n. 9, come conferma da ultimo

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Se qualcuno per sintetizzarne il percorso ha usato la suggestiva metafora della “lunga marcia”⁵⁰, quasi a voler significare che, pur dopo la tappa della società tra avvocati, la storia della società tra professionisti fosse ancora per un tratto da scrivere⁵¹, certo non poteva immaginare che, a dispetto dell’oggettiva complessità del tema, quella storia sarebbe stata scritta a colpi di semplici e reiterate abrogazioni, nella segreta, quanto ingenua, convinzione che, una volta rimosso ogni ostacolo normativo, sarebbe bastato il sano vento delle liberalizzazioni a mettere ordine in materia.

Prima però di addentrarci su questa strada, qualche ragguaglio sullo stato dell’arte precedente alle più recenti modifiche legislative è sommamente utile.

Dunque, si ricorderà che il quadro della discussione sull’ammissibilità o meno dell’esercizio in forma societaria di una professione liberale è stato a lungo sotto l’influenza dominante dalla legge speciale di settore, la l. 23 novembre 1939, n. 1815, contenente la “Disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza”, che, tra le altre disposizioni, prevede all’articolo 1 – o meglio prevedeva se la si ritiene per questo versante espunta dall’ordinamento positivo - che “le persone che, munite dei necessari titoli di abilitazione professionale, ovvero autorizzate all’esercizio di specifiche attività in forza di particolari disposizioni di legge, si associano per l’esercizio delle professioni o delle altre attività per cui sono abilitate o autorizzate, debbono usare, nella denominazione del loro ufficio e nei rapporti coi terzi, esclusivamente la dizione di «studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario», seguito dal nome e cognome, coi titoli professionali, dei singoli associati”, mentre all’art. 2 sanciva il divieto di “costituire, esercire o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella di cui al precedente articolo, società, istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati od ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria”.

l’allegato al D.lg. 1° dicembre 2009, n. 179. Ma non è detto, come è accaduto ancora di recente per esempio con la legge istitutiva dell’ordine degli ingegneri, che il legislatore non resti vittima di una nuova amnesia.

⁵⁰ Rescigno, *La “lunga marcia” verso la società tra professionisti*, in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 11.

⁵¹ Non sembra questo il convincimento di Schiano di Pepe, *Società professionali: una pronuncia della Cassazione alla luce della legge Bersani*, in *Soc.*, 1998, 1146, per il quale “la lunga marcia” si sarebbe invece conclusa con l’approvazione della legge Bersani e la legalizzazione delle società professionali decretata dall’abrogazione dell’art. 2 l. 1815/39. Diversamente però Schiano di Pepe, *Società e associazioni tra professionisti e artisti. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1999, 1.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Se si prescinde dalla loro coloritura politica – e della politica della peggior specie⁵² – le finalità perseguite da queste disposizioni consistevano nell’evitare che soggetti sprovvisti dei necessari titoli abilitativi potessero esercitare l’attività professionale per la quale i detti titoli erano richiesti sotto il paravento costituito dallo schermo societario⁵³. Scopo della disciplina, si leggeva, nella relazione di accompagnamento del guardasigilli⁵⁴, è “di regolare le forme associate di esercizio professionale che, in illecita concorrenza all’esercizio individuale, legalmente controllato coprono sovente un’attività professionale svolta da persone sfornite dei necessari titoli di abilitazione”. La legge, perciò, consentiva la costituzione di associazioni tra professionisti⁵⁵ e, più in generale, ammetteva la possibilità che

⁵² Jaeger, De Nozza, Toffoletto, *Appunti*, cit., 88; altri richiami sul punto in Ibba, *Professioni intellettuali e impresa*, cit., 106, cui adde Vaccà, *Professionisti e società di servizi*, Milano, 1990, 23 ss.

⁵³ Galgano, *Le società in genere*, cit., 30; Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., 10; Campobasso, *Limiti attuali*, cit., 11; Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., 543; Pettiti, *Le “nuove” società*, cit., 1023; Iaccarino, *Le società professionali tra passato, presente e futuro*, in *Soc.*, 1998, 380; adesivamente in giurisprudenza Cass., 7.1.1993, n. 79, in *Foro it.*, 1994, I, 1123 e in *Nuova giur. comm.*, 1994, I, 673; Cass., 8.10.1975, n. 3193, in *Foro it.*, 1976, I, 712.

⁵⁴ In *Le leggi*, 1939, 1333.

⁵⁵ “Sono validi in base a tale norma, sempre che non contengano clausole contrastanti con le prescrizioni da essa fissate in ordine alla denominazione dell’“ufficio” e alle indicazioni dei nomi e dei titoli professionali di singoli associati, gli accordi conclusi da professionisti legittimati e soltanto da essi per l’esercizio congiunto, che non si risolve nell’esercizio comune di professioni tutelate”: Cass., 12.3.1987, n.2555, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2022; *Foro it.*, 1988, I, 554; *Giust. civ.*, 1987, I, 2296; *Soc.*, 1987, 500; *Riv. notariato*, 1987, 850. Per la qualificazione di detti accordi in termini di contratto associativo atipico di carattere misto, che attinge elementi da vari istituti, e non coincide con la società, ma neppure con l’associazione, riconosciuta o non riconosciuta per la sua struttura di tipo chiuso, avente uno scopo economico, consistente nell’esercizio di un’attività professionale per trarne guadagno Cass., 16.4.1991, n. 4032, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1329; *Giust. civ.*, 1991, I, 269 *Soc.*, 1991, 1469, nonché Trib. Milano, 14.2.2006, in *Giur. it.*, 2006, 1874; Trib. Milano, 21.9.1995 *Giur. it.*, 1996, I, 2, 16; App. Milano, 23.1.1991, in *Foro padano*, 1991, I, 459; e parimenti in dottrina Cagnasso, *La società semplice*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, 46; Campobasso, *Limiti attuali*, cit., 9; Montalenti, *Professionisti (Associazioni e società fra)*, cit., 387. Controversa, ancorchè se ne sia esclusa da Cass., 16.4.1991, n. 4032, cit. l’incompatibilità in via di principio, è l’applicabilità o meno alle associazioni professionali della disciplina societaria, ammessa in via analogica, quando non si debba qualificare lo stesso rapporto associativo alla stregua di una società semplice (Trib. Milano, 14.2.1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 494 e in *Soc.*, 1991, 987), fra gli altri da App. Milano, 27.5.1988, in *Soc.*, 1988, 1042 e App. Milano, 19.4.1996, in *Soc.*, 1996, 1283 con nota adesiva di Schiano di Pepe, *L’associazione professionale è assimilabile alla società semplice* e in *Vita notarile*, 1997, 366 con riferimento alla liquidazione della quota del socio uscente e negata, invece, sul presupposto che l’associazione professionale non sia assimilabile alla

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

l'esercizio di un'attività professionale avvenisse in maniera associata⁵⁶, conformemente tuttavia alle prescrizioni recate dall'art. 1 ed a condizione che l'associazione si costituisse tra persone debitamente abilitate o autorizzate all'esercizio di specifiche attività e secondo la normativa prescritta⁵⁷. Era per contro escluso, in forza di un consolidato indirizzo di diritto vivente formatosi a margine del divieto dell'art. 2, che l'attività professionale potesse essere svolta da una società⁵⁸, intendendosi per tale, secondo quanto si legge in una massima più volte reiterata, la società "la cui attività corrisponda alle prestazioni che possono essere fornite, individualmente o congiuntamente, da uno o più esercenti le professioni intellettuali per le quali è richiesta la iscrizione in appositi albi o elenchi sulla base di titoli di abilitazione o di altri requisiti legali, di regola accertati da ordini, collegi o associazioni professionali sotto la vigilanza dello Stato"⁵⁹.

società, da Trib. Bologna, 21.7.1989, in *Soc.*, 1990, 35, che ha ne escluso la fallibilità per difetto del requisito della commercialità; da Trib. Roma, 4.10.1995, *ivi*, 1996, 315 con nota contraria di Schiano di Pepe, *Società di professionisti, associazioni professionali e disciplina applicabile*, che ne ha disconosciuta la legittimità del rinvio operato dallo statuto alle norme del codice civile sulla società semplice; da Trib. Ferrara, 21.5.1997, *Dir. fall.*, 1997, II, 537 che ne ha disposto la cancellazione dal registro delle imprese.

⁵⁶ Come del resto espressamente riconosciuto da C. Cost., 22.1.1976, n. 17 in *Foro it.*, 1976, I, 265 e in *Giur. comm.*, 1976, II, 143.

⁵⁷ C. Cost., 21.1.1988, n.71. in *Foro it.*, 1988, I, 672; *Resp. civ. e prev.*, 1988, 378; *Arch. civ.*, 1988, 788.

⁵⁸ Cass., 18.4.2007, n. 9236, in *CED*; Cass., 8.9.1999, n. 9507, in *Contr.*, 1999, 1133; Cass., 29.11.1995, n.12351, in *CED*, 1995; Cass., 10.6.1994, n.5648, cit.; Cass., 13.5.1992, n. 5656, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 354 e in *Giur. comm.*, 1994, II, 73; e tra le decisioni di merito Trib. Roma, 26.4.1999, in *Giur. it.*, 1999, 2340 e in *Soc.*, 1999, 1232; T.A.R. Friuli-V. Giulia, 2.12.1997, n.833, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 5, 464; T.A.R. Campania Napoli, 23.9.1994, n. 540, in *Trib. amm. reg.*, 1994, I, 4149; Trib. Roma, 28.2.1994, in *Corriere giur.*, 1994, 1007; T.A.R. Valle d'Aosta, 2.10.1993, n.115, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 4464; Trib. Palermo, 16.10.1992, in *Soc.*, 1993, 519; Trib. Modena, 4.4.1991, in *Foro it.*, 1992, I, 2252; App. Milano, 23.1.1991, in *Foro padano*, 1991, I, 459; Trib. Roma, 10.1.1990, in *Soc.*, 1990, 792; Pret. Siracusa, 29.6.1989, in *Informazione prev.*, 1989, 1606; conformi in dottrina, Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 20; Galgano, *Le società in genere*, cit., 25 ss.; Cottino, *L'imprenditore. Diritto commerciale*, 4^a ed., I, 1, Padova, 2000, 93; Marasà, *Le società*, 1^a ed., cit., 179; Bussoletti, *Società di professionisti*, cit., 1076 ss.

⁵⁹ Cass., 2.3.1994, n.2053 in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1272 e in *Dir. fall.*, 1994, II, 1077; Cass., 29.7.1986, n. 4870, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1432 e così in motivazione Cass., 30.1.1985, n. 566, cit. Cass., 10.6.1994, n. 5648, cit.; Cass., 8.9.1999, n. 9507, cit.; Cass., 2.10.1999, n.10937, in *Notariato*, 2000, 229.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

E questo malgrado non fosse mancata qua e là⁶⁰ di levarsi qualche voce difforme, intesa a consentire che l'esercizio di una professione potesse aver luogo anche in forma societaria, quantomeno in quella più elementare della società semplice, a ciò inducendo, per esempio, il rilievo che la disciplina in parola era coeva al codice civile del 1865, il cui art. 1706, come si è visto, autorizzava la costituzione della società civile particolare per l'esercizio appunto di un'attività professionale, della quale la legge del '39 non costituirebbe che una disciplina particolare⁶¹; ovvero che fosse la legge stessa ad ammettere questa possibilità, in quanto limitandosi essa solo a vietare la costituzione di società "aventi forma diversa di quella di regolata dall'art. 1", implicitamente ne avallava la costituzione nel rispetto delle forme da essa stabilite⁶².

Occorre però notare che rispetto ai proponenti iniziali il raggio di azione della legge era venuto considerevolmente a ridursi nel tempo sotto l'effetto di un fenomeno di erosione interpretativa che si era sviluppato lungo due direttrici⁶³.

L'una, agendo dall'esterno, ne aveva intaccato i presupposti di ordine soggettivo, chiedendosi a quali fattispecie le sue disposizioni fossero applicabili. L'altra, aveva agito per così dire per vie interne, interrogandosi, con riguardo ai presupposti oggettivi di applicazione, su quali ne fossero le attività interessate.

Del primo, e dei riflessi che ne erano derivati nell'imporre di delimitare l'area di applicazione delle disposizioni in esame, si è già dato conto più sopra allorchè si sono passate in rassegna le diverse figure emergenti dalla pratica, che, pur avendo a che fare con l'esercizio di una libera professione, si sottraevano tuttavia per varie ragioni all'influenza della l. 1815/39, applicabile, secondo quanto si è visto, soltanto a quelle società la cui attività consista in una prestazione interamente ricompresa nell'attività tipica del professionista intellettuale.

⁶⁰ Ferrara jr., Corsi, *Imprenditori e società*, 13^a ed., Milano, 2006, 248; Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., 10; Abbadessa, *Le disposizioni generali sulle società*, cit., 17 ss. Così in giurisprudenza, prima delle più recenti modifiche legislative, Trib. Milano, 9.2.1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 572, per il quale "un'associazione fra professionisti può legittimamente denominarsi 'società' fra professionisti", e Trib. Milano, 14.2.1991, *ivi*, 1991, I, 2, 494 e in *Soc.*, 1991, 987, secondo cui "è legittimo l'accordo stipulato tra due professionisti protetti per l'esercizio in forma associata dello studio professionale, nella forma della società semplice".

⁶¹ Schiano di Pepe, *Società*, cit., 4.

⁶² Ibba, *Le società fra professionisti*, cit., 1360.

⁶³ Lo sottolinea, tra gli altri, Montalenti, *Professionisti (Associazioni e società fra)*, cit., 388.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Del secondo basti dire che per comune sentire⁶⁴, cui non faceva ombra il dissenso marcato al riguardo da qualche autore⁶⁵, le disposizioni della l. 1815/39 si riteneva che fossero applicabili alle sole professioni per il cui esercizio era richiesto il possesso dei necessari titoli abilitativi e l'iscrizione nel corrispondente albo professionale (art. 2229, comma primo, c.c.), formalizzandosi in ciò la distinzione tra professioni protette e professioni non protette. In grazia di ciò la costituzione di una società preclusa alle prime sarebbe stata invece possibile per le seconde, giacchè in tal caso non opererebbe il principio della personalità della prestazione (art. 2232 c.c.), il professionista non protetto non sarebbe tenuto ad adottare nei rapporti con il cliente lo schema del contratto d'opera intellettuale e potrebbe perciò liberamente conferire la propria in opera in società.

Parallelamente, ma con minor vigore, era venuto imponendosi l'orientamento secondo cui nell'ambito delle attività protette dovessero distinguersi le prestazioni esclusive o tipiche, la cui esecuzione è riservata ai soggetti in possesso della necessaria autorizzazione ed iscritti all'albo professionale, come sarebbe ad esempio nel caso dell'avvocato l'attività di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio, e le prestazioni non esclusive o atipiche, che, ancorchè siano di regola eseguibili dai soli professionisti abilitati, possono essere tuttavia fornite anche da chiunque non sia iscritto all'albo professionale, come avverrebbe, sempre per restare al caso dell'avvocato, per l'attività del cosiddetto "comparsista"⁶⁶. Va da sé che in quest'ultimo caso, a cui bisogna

⁶⁴ C. Cost., 22.1.1976, n. 79, n. 17, cit.; Cass., 29.11.1995, n.12351, cit.; Cass., 13.7.1993, n.7738, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1969; *Soc.*, 1994, 46; *Riv. notariato*, 1994, 139; *Giur. comm.*, 1994, II, 191 (ove però riportata con la data 25.2.1993 e con il n. 3441); Cass., 22.3.1993, n.3361, in *Soc.*, 1993, 1206; *Giust. civ.*, 1993, I, 2395; *Corriere giur.*, 1993, 1434; *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1226; Cass., 12.3.1987, n.2555, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2022; *Foro it.*, 1988, I, 554; *Giust. civ.*, 1987, I, 2296; *Soc.*, 1987, 500; *Riv. notariato*, 1987, 850; Cass., 29.7.1986, n.4870, cit.; Cass. pen., 23.4.1986, in *Riv. pen.*, 1987, 509; C. St., 3.4.1990, n. 314, in *Cons. Stato*, 1990, I, 542; *Foro amm.*, 1990, 917; *Soc.*, 1990, 1046; T.A.R. Molise Campobasso, 11.1.2005, n.966. in *Banca dati giur. Platinum*; Trib. Monza, 21.4.1994, in *Contr.*, 1994, 567; Trib. Palermo, 16.10.1992, cit.; Trib. Cassino, 19.6.1992, in *Soc.*, 1992, 1388; T.A.R. Liguria, 30.10.1991, n.121, in *Soc.*, 1992, 701; Trib. Modena, 4.4.1991, cit.; Trib. Cassino, 22.1.1987, in *Arch. civ.*, 1989, 57; e in dottrina, Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 18; Galgano, *Le società in genere*, cit., 28; AA.VV., *Diritto Commerciale*, cit., 62; Marasà, *loc. ult. cit.*; Pettiti, *Le "nuove" società*, cit., 1025 ss.; Schiano di Pepe, *Società*, cit., 3.

⁶⁵ Segnatamente da Buonocore, *Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società professionali*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 90 ss. ed in seguito da Rescigno *Le società tra professionisti*, Milano, 1985, 46 ss.; Schiano di Pepe, *loc. ult. cit.*; Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., 548; Pavone La Rosa, *Società tra professionisti*, cit., 100.

⁶⁶ In dottrina la distinzione, richiamata pure da Montalenti, *loc. ult. cit.*, e da Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., 546 testo e nt. 449, ove richiami di giurisprudenza, era patrocinata in specie da Galgano, *Professioni intellettuali*, cit., 4 ss. e Id., *Le professioni intellettuali*, cit., 6 ss.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

associare anche quello dei dottori commercialisti e dei ragionieri, il cui statuto professionale non annovera alcuna prestazione di carattere esclusivo, si è fuori dal campo di applicazione del divieto di cui all'art. 2 della l. 1815/39 e nulla perciò si frapporrebbe alla possibilità che le prestazioni anzidette, in luogo del singolo professionista, possano essere eseguite da più professionisti in forma associata mediante la costituzione di una società.

Era però evidente che in questa prospettiva gli ostacoli di maggior peso al riconoscimento della legittimità della società tra professionisti non erano in fondo costituiti dalle disposizioni preclusive della l. 1815/39, dato che come si è visto, se da un lato il divieto dell'art. 2 – come del resto avrebbero confermato i controversi sviluppi seguiti alla sua abrogazione – non sembrava a rigore impedire che all'esercizio di un'attività professionale potesse essere adibita anche una società, purchè la costituzione di essa fosse rispettosa delle speciali prescrizioni imposte dalla legge, dall'altro nello sbarramento da essa rappresentato si erano aperti non pochi varchi interpretativi che ne avevano considerevolmente ridimensionato il campo di applicazione.

Il vero nodo da sciogliere era, perciò, piuttosto un altro – si collocava come pur si scritto “a monte”⁶⁷ degli impedimenti frapposti dalla legge – ed andava ricercato nelle norme che regolano nel codice civile l'esercizio individuale della professione intellettuale, per intenderci nella norma sull'adeguatezza e la dignità del compenso (art. 2233 c.c.), nella norma sulla limitazione della responsabilità (art. 2236 c.c.) e, soprattutto, nella norma che impone al prestatore d'opera intellettuale di eseguire personalmente la prestazione (art. 2232 c.c.)⁶⁸. In particolare riguardo a quest'ultima si osservava che “l'esercizio in comune di un'attività attraverso la creazione di un centro unitario di imputazione di rapporti giuridici comporta inevitabilmente *spersonalizzazione* delle prestazioni professionali, impedisce che le stesse possano essere giuridicamente riferite ai soci professionisti che le hanno effettivamente eseguite ed altera inevitabilmente anche il regime della responsabilità professionale”⁶⁹. Vi era in sostanza una diffusa consapevolezza, motivata dalla considerazione che la costituzione della società comporta l'esercizio in comune dell'attività e che in comune dovesse pure essere esercitata l'attività professionale se questa ne fosse stato l'oggetto sociale, che “il vero nodo gordiano” sulla via della piena legittimazione della società tra professionisti era “rappresentato dall'improbabile coesistenza logico-giuridica tra attività professionale da eseguire personalmente *ex art. 2232 c.c.* e attività societaria esercitabile

⁶⁷ Galgano, *Le società in genere*, cit., 27.

⁶⁸ Ragusa Maggiore, *La nuova società di professionisti intellettuali: la legge e le prospettive*, in *Vita notarile*, 1998, 808.

⁶⁹ Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 20.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

in comune (art. 2247 c.c.) ed imputabile ad un ente astratto”⁷⁰. Conciliare personalità della prestazione propria dell’attività del professionista intellettuale con il carattere comune dell’attività che caratterizza la società diveniva perciò condizione imprescindibile perché un’attività professionale potesse essere legittimamente esercitata da una società.

Una condizione alla cui realizzazione avrebbe dovuto contribuire principalmente il legislatore, giacché da tempo si era avvertito⁷¹ che “l’ammissibilità di una società tra professionisti nel nostro ordinamento può essere soltanto l’effetto di una legge, perché soltanto una legge potrebbe rendere compatibile i principi dell’ordinamento societario con le norme del codice in materia di professioni intellettuali e con quelle degli ordinamenti professionali”.

6 ... dopo la prima legge Bersani ...

Questo era dunque lo stato dell’arte, allorché, sotto l’incalzare delle spinte riformatrici che in nome della libertà di concorrenza e della libertà di stabilimento si diffondono in ambito comunitario ed investono massicciamente il settore dei servizi professionali, il vento delle liberalizzazioni comincia a soffiare con un certo impeto anche all’interno dei confini nazionali e, nel venire a contatto con il mondo delle libere professioni, sembra finalmente poter riuscire nella non facile impresa di abbattere gli ultimi residui ostacoli che si oppongono alla legittimazione della società tra professionisti nel modello tipico della società costituita per l’esercizio di un’attività professionale.

L’operazione è tuttavia condotta con scarsa sagacia e, soprattutto, limitandosi ad intervenire, almeno inizialmente, solo sul regime delineato dalla l. 1815/39, mostra di non tenere in alcun conto l’ammonimento dottrinale secondo cui, come si è sopra ricordato, in una prospettiva *de iure condendo* la futura regolamentazione della fattispecie era chiamata a sciogliere il nodo problematico del rapporto tra esercizio in forma associata della professione e le norme, che nel codice civile e nei diversi ordinamenti professionali ne disciplinano l’esercizio in forma individuale, ed a misurarsi in questo contesto con la difficoltà di comporre in modo soddisfacente il contratto tra l’effetto di normale spersonalizzazione della prestazione che si produce nel primo caso ed il principio della personalità che è invece caratteristica essenziale della prestazione nel secondo.

Piuttosto che seguire questa via, che avrebbe, di certo, imposto uno sforzo propositivo di maggior respiro, si è invece preferito percorrere la più comoda scorciatoia dell’abrogazione – e dell’abrogazione talora “innominata, come si è detto a

⁷⁰ Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., 556.

⁷¹ Ferri, *Le società di professionisti*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1972, I, 240.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

proposito della seconda legge Bersani⁷² – credendo che fosse sufficiente l’espunzione dall’ordinamento di alcune norme per aver ragione di una resistenza interpretativa, che, almeno nel pensiero della dottrina più avvertita, non era affatto il frutto di un rigido arroccamento in difesa del divieto sancito dall’art. 2 l. 1815/39⁷³.

E’ dunque in questa logica che prende corpo il primo intervento normativo dovuto alla l. 7 agosto 1997, n. 266, meglio nota come prima legge Bersani dal nome del ministro proponente, il cui art. 24, mentre al primo comma dà prova di lapidario decisionismo affermando che “l’articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, è abrogato”, nel secondo, venendo meno al piglio iniziale, mette in mostra un diletterismo a dir poco sorprendente nel rinviare alla futura emanazione di un decreto interministeriale il compito di fissare “i requisiti per l’esercizio delle attività di cui all’art. 1 della L. 23 novembre 1939, n. 1815”.

A parte perciò il diffuso scetticismo creato dalla scelta dello strumento regolamentare per intervenire in materie regolate da norme di rango primario⁷⁴, destinato a trovare eco di lì a poco nel parere negativo con cui il Consiglio di Stato⁷⁵ avrebbe definitivamente spento ogni velleità in questa direzione, le reazioni seguite all’intervenuta abrogazione dell’art. 2 sono improntate al contrario ad una notevole discordanza di giudizi ed in qualche caso non sono immuni da una certa bizzarria.

Così, in giurisprudenza, il Trib. Milano, 5.6.1999⁷⁶ ha salutato l’innovazione ordinando senz’altro l’iscrizione nel registro delle imprese di una società professionale costituita in forma di società semplice tra commercialisti e ragionieri, sul rilievo, tra l’altro, che pur in assenza del regolamento, le preoccupazioni di evitare la sottrazione al regime di responsabilità personale e nel tempo stesso la dequalificazione della prestazione se resa da un soggetto privo di abilitazione non sembra che abbiano più ragione di esistere “nei casi in cui l’attività venga esercitata nelle forme della società di persone e particolarmente della società semplice”, giacchè “sotto questa forma resta

⁷² De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 673.

⁷³ Iaccarino, *Le società professionali*, cit., 387.

⁷⁴ Esplicitato in particolar modo negli scritti di Ibba, *Le società fra professionisti*, cit., 1361 ss.; Id., *Contro il regolamento sulle società professionali*, in *Riv. dir. privato*, 1998, 5 ss.; Id., *Sulla riforma delle libere professioni*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 183 ss. Annota peraltro conformemente Schlesinger, *Ancora sulla società tra professionisti*, in *Corriere giur.*, 1998, 377 che “se si intendono introdurre limiti all’esercizio in forma società di attività professionali, lo si (potrà) fare soltanto con norme aventi forza di legge, volendosi e dovendosi incidere su materie che riguardano l’iniziativa economica dei privati, la capacità di ciascuno di partecipare liberamente alla costituzione di qualsiasi società per fini consentiti dalle leggi del Paese e la disciplina di albi ed ordini, integralmente oggetto di normazione primaria”.

⁷⁵ Cfr. i due pareri del Consiglio di Stato n. 35 e 72 del 1998, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Professionisti intellettuali*, nn. 284-290.

⁷⁶ In *Soc.*, 1999, 984 e in *Riv. notariato*, 1999, 1334.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

infatti garantita la responsabilità illimitata dei soci e, ove sia compresa nella denominazione della società, l'individuazione delle caratteristiche personali". Non diversamente il Trib. Tortona, 11 giugno 2007⁷⁷, nel respingere l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo richiesto da uno studio professionale per il compenso dovuto ad un proprio associato e nel riconoscere nella specie la sussistenza tra tutti i partecipanti all'associazione di una società di fatto, ha potuto osservare che "la citata abrogazione ha fatto venir meno l'unico espresso impedimento normativo alla costituzione di società tra professionisti" e che "la mancata emanazione del regolamento di cui all'art. 24 della Legge Bersani non impedisce l'utilizzo, pur nelle inevitabili difficoltà di coordinamento, dello strumento societario per l'esercizio di attività professionali, ricavando le stesse la relativa disciplina, quanto alla struttura organizzativa e di funzionamento, dalle disposizioni codicistiche in tema di società e, quanto all'esercizio della prestazione professionale, nel capo del codice civile destinato alle professioni intellettuali". E il T.A.R. Lazio, 28.5.2002⁷⁸, sposando questo assunto in relazione all'esclusione da una gara di appalto di un'associazione temporanea di imprese, partecipata tra l'altro da uno studio associato di professionisti, motivata sul presupposto che quest'ultimo non aveva le caratteristiche dell'impresa, e pur prendendo atto che "la disposizione abrogatrice si limita a riconoscere la liceità delle società professionali, senza dettare regole precise", si è detto convinto che l'incompletezza del quadro legislativo non è dirimente "atteso che può farsi riferimento per ogni aspetto ulteriore alla disciplina generale di diritto comune".

Permane, tuttavia, anche in giurisprudenza un fronte di marcato dissenso, che ha visto il Trib. Milano, 27.5.1998⁷⁹ respingere l'omologazione di una clausola statutaria che faccia riferimento alla normativa sulle "società" professionali, risolvendosi essa "in un generico rinvio ad un istituto di fatto non ancora introdotto da alcuna fonte normativa (non è stato difatti ancora emanato il d.m. al quale la l. n. 266 del 1997 ha demandato la fissazione dei requisiti per l'esercizio delle attività professionali), come tale indeterminata quanto a contenuto, nè per altro verso valutabile come conforme al sistema in quanto, appunto, priva di ogni specificazione statutaria"; ancora il Trib. Milano, 12.12.1998⁸⁰ giudicare illegittime "le modificazioni dell'atto costitutivo di una società per azioni che introducono, nella denominazione sociale e nella clausola di trasferimento delle azioni, il riferimento all'oggetto professionale, in difetto della emanazione del decreto interministeriale a cui fa rinvio la l. n. 266 del 1997 per la regolamentazione dei requisiti delle società professionali"; ed il Trib. Trento, 3.3.2001⁸¹

⁷⁷ In *Giur. it.*, 2008, 671.

⁷⁸ In *Foro amm.*, 2002, 1648.

⁷⁹ In *Giur. it.*, 1999, 1012, con nota critica di Mucciarelli, *Le società tra professionisti*, cit.

⁸⁰ In *Soc.*, 1999, 468.

⁸¹ In *Soc.*, 2001, 1371.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

affermare incidentalmente che “l’art. 24, l. 7 agosto 1997, n. 266 (“legge Bersani”) non consente, a tutt’oggi, l’esercizio in forma societaria delle cosiddette professioni protette (vale a dire delle professioni per il cui esercizio è prescritta l’iscrizione in appositi albi sulla base di titoli legali di abilitazione) poiché se è vero che il comma 1 di tale disposizione ha abrogato il divieto di esercizio in forma societaria delle attività professionali di cui all’art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815, tuttavia è consentita la costituzione di dette società solo con i requisiti da stabilire con un successivo decreto ministeriale (comma 2) non emanato”. E non fanno neppure difetto le soluzioni estemporanee, di dubbia utilità pratica e di altrettanto discutibile efficacia, come quella che ha portato l’App. Firenze, 10.3.1998⁸² a dire che la costituzione di una s.r.l. esercente un’attività professionale sarebbe ammissibile, ma la società “potrebbe svolgere la sua attività solo dopo la emanazione del regolamento di attuazione della l. n. 266 del 1997”.

Lo stesso spirito anima peraltro i commenti a caldo della dottrina, divisa tra l’idea, maturata anche sul filo della successiva esperienza della società tra avvocati, che “la previsione regolamentare di requisiti per l’esercizio in forma associata della professione intellettuale ... rappresenta certamente un segnale sistematico rilevante, nel senso che la questione dell’ammissibilità, o meno, delle società per l’esercizio delle professioni protette non è un problema di radicale incompatibilità fra personalità della prestazione e modello societario, ma è un problema di adattamento delle regole organizzative e di responsabilità delle società al fatto che l’oggetto sociale sia l’esercizio associato di una professione protetta”⁸³, e la sfiducia che il regolamento previsto dalla legge possa essere in questa direzione di qualche utilità nella prorata vigenza dell’art. 1 l. 1815/39, che subordina, com’è noto, l’esercizio in forma associata della professione a precisi vincoli formali, e nella considerazione che se la funzione del regolamento è quella di fissare dei requisiti, qui, propriamente, “non si tratta di fissare requisiti, ma di rimuovere divieti o comunque limiti di legge; cosa che solo norme di legge possono fare e che il legislatore ha trascurato, avendo erroneamente ritenuto ... di aver eliminato, con l’abrogazione dell’art. 2 l. 1815, ogni impedimento alla costituzione di società professionali”⁸⁴.

Al di là di queste schermaglie, una visione meno rigida del principio della personalità della prestazione⁸⁵, intesa a far propria la distinzione tra la fase genetica di essa e la sua fase funzionale, in pratica tra conclusione del contratto d’opera

⁸² In *Riv. notariato*, 1998, 752.

⁸³ Rescigno, *La “lunga marcia”*, cit., 23.

⁸⁴ Ibba, *Le società fra professionisti*, cit., 1363.

⁸⁵ Ampi ragguagli sul punto in Ibba, *Professioni intellettuali e impresa*, cit., 125 ss

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

professionale e sua esecuzione⁸⁶ secondo un approccio che come vedremo sarà positivamente mutuato nella disciplina della società tra avvocati, ha permesso peraltro di allargare significativamente il campo di indagine e di chiedersi, nella consapevolezza che per effetto dell'abrogazione dell'art. 2 un tabù fosse stato comunque infranto⁸⁷ e che l'esercizio di una professione potesse perciò aver luogo anche in forma societaria, quali spazi interpretativi si aprissero in relazione alla fruibilità a questo fine dell'intera gamma dei modelli societari presenti nel codice e civile e, segnatamente, in ordine a quella che si avvertiva come la questione pratica di maggior peso⁸⁸ dell'utilizzabilità in questo cornice delle società di capitali.

Nessuno per vero sembra dubitare che, caduto il divieto di cui alla l. 1815/39⁸⁹, l'attività professionale possa essere esercitata liberamente nelle forme delle società di persone⁹⁰, rinvenendo anzi nella società semplice il modello di elezione⁹¹, che, infatti, "tenuto conto della relativa disciplina, potrebbe risultare particolarmente idoneo in tale prospettiva, anche al fine di valorizzare l'aspetto personalistico della prestazione professionale"⁹².

⁸⁶ Da ultimo così con riguardo al tema che ci occupa, Schlesinger, *Abolito il divieto dell'esercizio in forma societaria di attività professionali*, in *Corriere giur.*, 1997, 1369; Marasà, *Società tra professionisti*, cit., 1356; Muscolo, *L'esercizio collettivo delle professioni intellettuali protette dopo la legge Bersani*, in *Soc.*, 1998, 1157 ss.; Mucciarelli, *Le società tra professionisti*, cit., 1014; Caccavale, Tassinari, *Le società professionali*, cit., 227.

⁸⁷ Cottino, *L'imprenditore*, cit., 96. Di "caduta dello storico steccato che impediva l'esercizio delle professioni liberali nei tipi societari previsti dal codice" parla pure Zanelli, *Il volo del calabrone su imprese e società vere e false. A proposito di società semplici, immobiliari, professionali e cooperative*, in *Riv. dir. comm e obbligazioni*, 1997, I, 761.

⁸⁸ Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., 10.

⁸⁹ Il dato è registrato in questi termini anche da chi (Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 16^a ed., Bologna, 2006, cit., 10) in passato si era fatto aperto sostenitore della tesi contraria all'ammissibilità della società tra professionisti, "anche se permangono, pur dopo la soppressione del divieto, gli elementi di contrasto opposti dall'art. 2232 (forse anche dall'art. 2233, comma 2^o) cod. civ.", che risultano superabili in grazia di quanto prevede l'art. 1 l. 1815/39 non abrogato che fissa le modalità di costituzione dell'associazione professionale "modalità che dovranno essere necessariamente presenti anche nelle società fra professionisti".

⁹⁰ Schlesinger, *loc. ult. cit.*; Ragusa Maggiore, *La nuova società di professionisti intellettuali*, cit., 812; Mucciarelli, *loc. ult. cit.*; Morello, *Società tra professionisti: il faticoso emergere di un nuovo sistema*, in *Notariato*, 1998, 211. In termini anche Zanelli, *Il volo del calabrone*, cit., 763 sebbene distinguendo tra società semplice e società commerciali in genere, la scelta tra l'una o le altre apparendo dettata in funzione delle dimensioni organizzative dell'attività professionale.

⁹¹ Emblematicamente di "affinità elettiva" tra l'attività professionale e la società semplice aveva già parlato in ultimo Schiano di Pepe, *Verso la legittimazione delle società professionali: l'esperienza francese*, in *Soc.*, 1991, 1165.

⁹² Cagnasso, *La società semplice*, cit., 48.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Maggiori perplessità suscita invece la possibilità di ricorrere al modello delle società di capitali. La si è talora esclusa sul rilievo che “l'utilizzo di società di capitali non consente il rispetto dell'art. 1, né con tutta probabilità l'ottemperanza dell'obbligo della personalità”⁹³ ovvero che l'esercizio in quelle forme di un'attività professionale postulerebbe l'adozione di “clausole statutarie con contenuti che potrebbero violare regole ritenute inderogabili delle società di capitali stesse”⁹⁴. Ma, replicando, con riguardo al vincolo imposto dal principio di personalità⁹⁵, che o si supera ritenendolo applicabile soltanto al momento funzionale del rapporto di prestazione d'opera professionale o non si supera affatto⁹⁶, si è creduto che l'esercizio di un'attività professionale possa aver luogo anche in questa forma, in ciò realizzandosi più apertamente le finalità liberalizzatrici della norma di abrogazione⁹⁷ e non venendo affatto compromesse le ragioni di tutela del cliente-consumatore, “in quanto tutti i modelli di società previsti dal codice sono da ritenere ugualmente idonei ad assicurare un'adeguata tutela della clientela”⁹⁸.

7. ... e dopo la seconda

Dix ans après, con nel mezzo l'inatteso esperimento della società tra avvocati, il legislatore torna ad occuparsi nuovamente della questione.

Lo fa, anche in questo caso, nel quadro di un più ampio ventaglio di misure dirette a rafforzare le politiche di liberalizzazione nel campo dei servizi professionali e a favorire il processo di armonizzazione del diritto interno ai principi comunitari della libertà di concorrenza e della libertà di circolazione delle persone e dei beni.

Con la seconda legge Bersani, sempre dal nome del ministro principale proponente, ovvero con il D.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, si prevede all'articolo 2, appunto significativamente intitolato “Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali”, e più precisamente, al comma 1, lett. c) che a decorrere “dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e

⁹³ Mucciarelli, *loc. ult. cit.*

⁹⁴ Morello, *Società tra professionisti*, cit., 212.

⁹⁵ Ancora opposto da Pettiti, *Le “nuove” società*, cit. 1033, per la quale “se la personalità della prestazione professionale continuerà a considerarsi determinante, non si potrà immaginare che la creazione di una società di capitali per lo svolgimento di una attività professionale si interponga nel rapporto tra cliente e prestatore d'opera in modo tale da annullare il carattere personale della prestazione; non si potrà legittimare il conferimento di un incarico di patrocinio ad una società a responsabilità limitata o per azioni, laddove l'incarico debba essere svolto dal professionista abilitato e non dalla società”.

⁹⁶ Muscolo, *L'esercizio collettivo delle professioni*, cit., 1158.

⁹⁷ Schlesinger, *Abolito il divieto*, cit., 1370.

⁹⁸ Pavone La Rosa, *Società tra professionisti*, cit., 101

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali ... c) il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità”.

Anche questa disposizione si offre ad un giudizio poco lusinghiero sulla qualità della legislazione in materia, sebbene, rispetto al suo omonimo precedente, mostri di far tesoro dei vizi genetici che avevano condannato quello all'insuccesso e possa giovare dell'esperienza nel frattempo compiuta con l'introduzione della società tra avvocati. Nondimeno, tecnica di redazione, coerenza di disposto e completezza di contenuto precettivo continuano a lasciare insoddisfatti; e l'interprete si vede perciò obbligato ad un paziente lavoro di tessitura se vuole assicurare un minimo di razionalità sistematica alla disposizione.

In dettaglio, la prima cosa che si fa notare è che la norma ha per così dire un contenuto misto, assumendo in sé, sino a confonderle tra loro, finalità abrogative e finalità più esplicitamente prescrittive. “E una disposizione” – come si è scritto in un primo commento⁹⁹ – “che in parte abroga, in parte prescrive e che, soprattutto, abrogando prescrive”.

Alla prima finalità si ispira l'*incipit* di essa, laddove, a completamento di quanto più generalmente affermato nel *proemio* del primo comma in funzione abrogativa, si legge che l'abrogazione concerne in particolare “il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti”.

Qui il legislatore non sembra aver avuto una mano particolarmente felice.

Da un lato, infatti, stabilendo che debbano essere espunte dall'ordinamento le norme che vietano l'esercizio delle attività professionali in forma societaria, si abroga quel che già era stato abrogato¹⁰⁰, allorchè l'art. 24, comma primo, l. 266/97 aveva disposto l'abrogazione dell'art. 2 l. 1815/39, che, come si ricorderà, conteneva il divieto a dar vita a società esercitanti un'attività professionale. E siccome, a quel che consta, l'unica disposizione che recava un simile divieto era quella dell'art. 2 anzidetto, l'abrogazione di cui discorre la norma in commento attiene ad una norma già abrogata, sicchè, salvo decretarne *hic et inde* la superfluità, essa non può avere altro significato

⁹⁹ De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 673.

¹⁰⁰ “Il tenore della norma” – osserva Bertolotti, *Osservazioni a Trib. Tortona, 11.6.2007*, in *Giur. it.*, 2008, 674 – avrebbe dovuto essere non più nel senso di abrogare ciò che già era stato da tempo abrogato”; ma si sa (*supra*) che quella dell'abrogazione reiterata delle disposizione recate dalla l. 1815/39 costituisce un chiodo fisso del legislatore.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

che di reiterare la *voluntas legislatoris* già esternata con la prima legge Bersani e di liberare definitivamente il campo, come lascerebbe intendere in particolare il richiamo alle norme regolamentari, da ogni disposizione preclusiva eventualmente ancora in essere nei singoli ordinamenti professionali¹⁰¹.

Dall'altro, estendendo l'effetto abrogativo anche alle associazioni tra professionisti, la norma compie un grave errore di supponenza, presumendo che l'esercizio in forma associata di una libera professione, anche nella veste della semplice associazione professionale, fosse comunque vietato dall'ordinamento. E' al contrario a tutti noto che storicamente quella dell'associazione era l'unica forma in cui la l. 1815/39 consentisse pacificamente che più professionisti si mettessero insieme per l'esercizio della propria attività¹⁰². E, dunque, anche da questo lato, e forse con più ragione rispetto all'altro, l'utilità della norma appare al quanto discutibile.

Peraltro occorre dire, una volta operati questi primi aggiustamenti, che la norma, a conferma del contenuto composito di essa, anche in questa parte, orientata in senso prevalentemente abrogativo, reca con sé pure alcune non trascurabili precisazioni in chiave più spiccatamente prescrittiva.

Si tratta del richiamo alle società di persone e dell'accenno all'interdisciplinarietà dei servizi professionali erogabili all'utenza.

Con il primo si tocca uno dei nervi scoperti della disciplina della società tra professionisti, non solo per le implicazioni di ordine tipologico che esso involve sul piano del corretto inquadramento del fenomeno¹⁰³, ma per i risvolti più concretamente applicativi, dal momento che, come si è notato¹⁰⁴, il vero problema che si pone in materia è se si possano utilizzare i tipi delle società di capitali, la società a responsabilità limitata e, soprattutto, la società per azioni.

Al riguardo la scelta del legislatore sembra essere netta, sebbene la laconicità del dettato normativo non porta ad escludere a priori che la società fra professionisti, oltre ai tipi di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto, ovvero oltre che ai tipi delle società di persone, espressamente nominati, possa attingere anche ai tipi delle società di capitali. Del resto, se così non fosse, si produrrebbe il paradosso che una norma varata dieci anni prima, vale a dire il comma primo dell'art. 24 l. 266/97, che aveva abrogato *sic et simpliciter* il divieto dell'art. 2 l. 1815/39, con ciò legittimando implicitamente la più ampia libertà nella scelta del tipo societario ritenuto più idoneo all'esercizio dell'attività professionale, risulterebbe più liberale di una norma varata dieci anni dopo, e ciò ad onta del fatto che entrambe le normative perseguano il medesimo risultato. Ma tant'è che il legislatore in questa tornata ha inteso limitare la legittimità dell'esercizio

¹⁰¹ De Mari, *loc. ult. cit.*

¹⁰² Bertolotti, *loc. ult. cit.*

¹⁰³ Sottolinea questo aspetto De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 680 nt. 56, ove richiami.

¹⁰⁴ Di Sabato, *Diritto delle società*, cit., 10.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

societario delle professioni ai soli tipi delle società di persone; e, probabilmente non a tutti, poiché, se non si dubita che esso possa avvenire nelle forme della società semplice, trovando questa nella non commercialità delle attività professionali la fonte di legittimazione più immediata, o della società in nome collettivo, qualche dubbio accompagna invece la possibilità di utilizzare la società in accomandita semplice, vista la strutturale limitazione di responsabilità di cui godono in questo tipo di società i soci accomandanti, apparentemente inconciliabile con il precetto della personale responsabilità di cui all'ultima parte della norma in commento¹⁰⁵.

L'obiezione non pare però decisiva se si rammenta la distinzione praticata nell'economia del contratto d'opera professionale con riferimento al principio della personalità della prestazione, tra il momento della conclusione del contratto, che vede impegnata la società con tutto il suo patrimonio e, nel caso della società in accomandita semplice, i soci accomandatari, in quanto soci a responsabilità limitata, ed il momento della sua esecuzione che non che essere resa dal professionista o dai professionisti prescelti se non sotto la propria personale responsabilità.

Anche l'accento all'interdisciplinarietà dei servizi professionali erogabili all'utenza identifica un *topos* ricorrente nella discussione in materia, del quale già in passato si era dibattuto a proposito della figura della società di professionisti intercategoriale¹⁰⁶ e sul quale si è nuovamente tornati, per esprimere tendenzialmente un avviso non contrario alla sua ammissibilità¹⁰⁷, in occasione della prima legge Bersani.

La laconicità dell'inciso contenuto nella nuova disposizione non è tuttavia di grande aiuto per l'interprete e non contribuisce a dissolvere del tutto le perplessità che si addensano in proposito. Sembra inizialmente chiaro che ragioni di coerenza sistematica suggeriscano di escludere l'idea, suffragata altrimenti dalla sola lettera della norma, che la soppressione dei divieti in questo campo possa essere circoscritto alle sole società che erogano servizi interdisciplinari¹⁰⁸, sebbene in un'ottica intesa a giustapporre la nuova previsione con quelle che l'hanno preceduta se ne potrebbe sostenere l'intenzione di completare anche sul versante delle prestazioni interdisciplinari il disegno di liberalizzazione avviato in precedenza.

Occorre poi spiegarsi sul concetto di interdisciplinarietà, poiché letteralmente inteso, si potrebbe credere che la costituzione di società tra professionisti resa possibile dalla definitiva caduta di ogni preclusione in questo senso sia consentita assumendo si competenze diverse, ma tutte nell'ambito della medesima categoria professionale (è il caso della società tra medici, ognuno provvisto di una diversa specializzazione, o della

¹⁰⁵ De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 680.

¹⁰⁶ Per tutti Montalenti, *Professionisti (Associazioni e società fra)*, cit., 387.

¹⁰⁷ Schlesinger, *Abolito il divieto*, cit., 1370.

¹⁰⁸ Bertolotti, *loc. ult. cit.*

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

società tra ingegneri ognuno specializzato in un proprio campo e via discorrendo). Il raffronto con la realtà che il fenomeno dell'esercizio delle attività professionali in forma associata assume in contesti socio-economici più sviluppati, ove, come si è notato proprio a proposito della società di ingegneria, l'*opus* caratteristico dell'attività sociale è spesso il risultato di un complesso di diverse professionalità, induce "ad attribuire all'espressione in esame il significato di società *inter* o *multiprofessionale*, nel senso cioè di società tra professionisti iscritti in albi o elenchi tra loro diversi"¹⁰⁹.

Resta, in questa prospettiva, da vedere in che misura questa soluzione sia praticabile di fronte a quelle discipline ordinamentali che ritagliano per talune professioni un'area di prestazioni esclusive, non essendo affatto remoto il rischio di una sovrapposizione tra attività sociale e prestazioni riservate; e resta soprattutto da vedere come la prestazione professionale resa da più professionisti appartenenti a categorie diverse possa conciliarsi con l'esclusività dell'oggetto sociale di cui la norma discorre più oltre, se, ben'inteso – il che non è affatto certo, attesa la neutralità del dato normativo in proposito –, l'esclusività debba riferirsi alla singola attività professionale in rapporto alle altre attività professionali, piuttosto che all'attività professionale in rapporto alle attività che tali non sono; questione che, se fosse consentito ragionare così, sembrerebbe farsi più acuta con riguardo all'ipotesi di una "multiprofessionalità debole", una multiprofessionalità caratterizzata, cioè, dall'esercizio distinto di più attività professionali, che non in relazione all'ipotesi di una "multiprofessionalità forte", dove la prestazione resa dalla società è una prestazione complessa ed integrata frutto della combinazione di più saperi distinti¹¹⁰.

Sin qui dunque gli aspetti abrogativi della prescrizione e fin'anco quelli che, abrogando, pure implicitamente prescrivono.

Sul versante invece più squisitamente precettivo, la seconda legge Bersani si preoccupa di dettare alcune disposizione chiave che trovano collocazione nella parte conclusiva della norma in commento.

Si è con ciò per la prima volta messo a disposizione degli interpreti nella nostra materia un quadro di riferimento che, per quanto possa giudicarsi caratterizzato da poche e disorganiche disposizioni¹¹¹, e pur tra non poche incertezze, cui talora si può porre rimedio guardando alla parallela disciplina della società tra avvocati¹¹², appare tuttavia provvisto di una certa affidabilità ed appare perciò in grado di apprestare un

¹⁰⁹ De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 676.

¹¹⁰ De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 677.

¹¹¹ Bertolotti, *loc. ult. cit.*

¹¹² Sul rilievo della disciplina della società tra avvocati quale "strumento interpretativo privilegiato per superare le questioni ancora aperte dal dibattito sul riconoscimento delle società professionali" insiste partitamente Leozappa, *Società e professioni intellettuali*, cit., 51.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

utile base di discussione sia in termini attuali sia in una eventuale prospettiva *de iure condendo*.

La prima di queste disposizione chiave si sostanzia nella prescrizione secondo cui “l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo”.

Già si è fatto cenno a questo requisito allorchè più sopra si è esaminato l'aspetto della multidisciplinarietà che può caratterizzare secondo il dettato normativo in disamina l'esercizio in forma societaria di un'attività professionale. Qui, se si prescinde dal rapporto tra questo aspetto ed il concetto di esclusività fatto proprio dalla legge, occorre precisare che l'oggetto sociale, sia esso monoprofessionale sia multiprofessionale, in ogni caso dovrà essere limitato all'esclusivo svolgimento della professione o delle professioni intellettuali che i soci professionisti hanno inteso conferire in società, potendo tutt'al più ricomprendersi in esso le sole attività strumentali, esclusa perciò qualsiasi altra attività che non sia riconducibile direttamente o in via accessoria all'esercizio della professione.

Questione da definire, in considerazione della distinzione cui si è fatto cenno sopra, è se l'esclusività dell'oggetto sociale debba essere perimetrata in funzione delle sole prestazioni riservate in via esclusiva agli appartenenti ad un determinato ordine professionale o se siano da ricomprendersi anche quelle che, pur costituendo esercizio di un'attività consuetudinariamene appannaggio di una determinata categoria professionale, si sottraggono tuttavia al regime di riserva, potendo essere esercitate anche da chi non goda del privilegio dell'iscrizione ex art. 2229 c.c.

Soccorre in senso favorevole¹¹³, secondo quella che ne è l'interpretazione corrente¹¹⁴, la disciplina della società tra avvocati il cui art. 17, comma secondo, prevedendo che

¹¹³ De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 679.

¹¹⁴ In questi termini si esprime del resto la Relazione di accompagnamento al D.lg. 96/01, in *Guida dir.*, 2001, 15, 46 ss., la quale, nel prendere atto della soppressione nell'originario articolato dell'art. 27, che si occupava partitamente dell'attività di consulenza, osserva che “la soppressione non toglie che gli avvocati abilitati in Italia e gli avvocati stabiliti o integrati possano esercitare la consulenza legale nell'ambito della società tra avvocati di cui al titolo II, posto che ai sensi dell'art. 17 tale società ha per oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione dei propri soci, professione che alla stregua dell'ordinamento forense comprende tutte le attività professionali dell'avvocato, ivi compresa la consulenza legale”. Ed è questo, come detto, l'avviso della dottrina maggioritaria: Bastianon, *D.lgs. n. 96/2001: avvocati stabiliti, avvocati integrati e società tra professionisti*, in *Corriere giur.*, 2001, 608; Minervini, *La società tra avvocati (s.t.p.) nel D. Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96*, in *Soc.*, 2001, 1032; Schiano di Pepe, *L'oggetto sociale*, cit., 123 ss. ed ivi 126; Leozappa, *Società e professioni intellettuali*, cit., 46 ss.. Questione diversa è se anche l'attività di sola consulenza soggiaccia alle forme del D.lg. 96/2001 (Montalenti, *La società tra avvocati*, in *Soc.*, 2001, cit., 1171 ss.) o se, come si crede dai più (Ibba, *Disposizioni generali*, in AA.VV., *Le società di avvocati*, Torino, 2002, 48

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

la società abbia per oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione dei propri soci, implicitamente autorizza a credere, essendo in tal senso tradizionalmente connotata l'attività dell'avvocato, che l'eclusività dell'oggetto sociale debba intendersi riferita non solo alle attività riservate consistenti nella rappresentanza, nell'assistenza e nella difesa in giudizio. E' perciò appena il caso di osservare, circa la conclusione di questo rilievo, che, così come per l'avvocato, anche per qualsiasi altro professionista protetto non sembra immaginabile che si possa prestare in forma societaria un'attività riservata senza nel contempo svolgere mansioni professionali che riservate non siano, così come più in generale sembra difficile pensare che un professionista protetto, che goda cioè di uno *status* professionale maggiormente qualificato rispetto a chi protetto non sia, non possa pure esercitare, insieme a quelle riservate, anche le attività che sono liberamente esercitabili anche dal professionista non protetto.

Secondo canone prescrittivo recato dalla norma è "che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società". In sé la prescrizione è chiara e non abbisogna perciò di commenti, salvo forse la chiosa che l'esercizio della professione in forma societaria non preclude al professionista socio l'esercizio della medesima attività in forma individuale.

Se si allarga tuttavia il teatro di osservazione e ci si interroga sui requisiti di ordine soggettivo della partecipazione qualche ulteriore osservazione appare ancora praticabile in particolare in ordine alla possibilità che alla società partecipino soci che professionisti non siano.

Sul punto, che pure riecheggia un tema di cui si era nuovamente ripreso a parlare in occasione della prima legge Bersani¹¹⁵, la norma appare totalmente silente. Né ragguagli decisivi in questa direzione si rinvencono nella legge sulla società tra avvocati, dal momento che la previsione in senso preclusivo che si legge nell'art. 21 D.lg. 96/2001, addirittura presidiata dalla sanzione dell'esclusione in caso di cancellazione o di radiazione dall'albo, appare essere dettata in funzione della specialità della figura e non è perciò suscettibile di applicazione espansiva. Qualche apertura in questa direzione si potrebbe probabilmente argomentare da quanto la norma prescrive in tema di prestazione dell'attività e di responsabilità¹¹⁶, che, dovendo queste gravare unicamente sul socio professionista, sembra deporre nel senso che oltre ai professionisti

ss.; Id., *Società fra avvocati e tipi societari*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 576 ss., donde citeremo, e in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 102 ss.; Mayr, *Le società fra professionisti prima e dopo il D. Legisl. 2 febbraio 2001, n. 96*, in *Studim iuris*, 2002, 163 ss.; Rescigno, *La "lunga marcia"*, cit., 20; De Angelis, *La società tra avvocati: uno sguardo d'insieme*, in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 40; Schiano di Pepe, *L'oggetto sociale*, cit., 126; Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 22 nt. 41) essa possa essere svolta liberamente utilizzando tutti i i tipi societari.

¹¹⁵ Schlesinger, *loc. ult. cit.*

¹¹⁶ De Mari, *Le società tra professionisti*, cit., 680.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

la compagine sociale possa annoverare tra i suoi componenti anche soggetti privi della necessaria qualifica professionale, diversamente non trovando spiegazione perché alla locuzione socio si sia fatta seguire la qualificazione di professionista.

Resta infine l'ultimo caposaldo normativo rappresentato dal precetto secondo cui

“la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità”.

Anche in questa prescrizione si riflette uno snodo cruciale del dibattito in materia, essendo a tutti noto, come abbiamo riferito più sopra, che uno dei maggiori, se non addirittura il maggior impedimento, al riconoscimento della legittimità della società tra professionisti, anche dopo l'abrogazione del divieto dell'art. 2 l. 1815/39, era da vedersi nell'effetto di normale spersonalizzazione che rispetto al regime di ordinaria esecuzione retto al contrario dal principio della personalità ai sensi dell'art. 2232 c.c. la prestazione professionale veniva a subire allorchè di essa ne era richiesta una società. Non che la norma sia in questa direzione foriera di soverchie indicazioni: non è detto a chi sia conferito l'incarico, a chi sia imputato lo svolgimento dell'attività, se essa genera un'obbligazione sociale o un'obbligazione del singolo professionista a cui ne sia affidata l'esecuzione.

Non è detto, in particolare, quale sia la sorte del principio di personalità, dal momento che non è chiarito in che modo il rispetto di esso possa conciliarsi con il fatto che il professionista è in questo caso non una comune persona fisica, ma un soggetto impersonale come la società. Né è di qualche aiuto richiamarsi in proposito alla disciplina della società tra avvocati, che sul punto, salvo precisare che l'incarico professionale è conferito alla società (art. 24) e che sociali sono pure i crediti relativi ai compensi derivanti dall'attività professionale (art. 25), non offre per il resto altre certezze. D'altro canto non pare che la legge autorizzi a coltivare fondatamente l'idea, pure in passato patrocinata e ripresa da ultimo in occasione della prima legge Bersani¹¹⁷, della disapplicazione del regime legale del contratto d'opera professionale: la rivendicazione in senso contrario traspare nitidamente dalle parole secondo cui “la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati”. E forse ragionevole ipotizzare, ma l'affermazione va accolta con il più ampio beneficio di inventario, che il legislatore abbia voluto optare, come già si era suggerito in dottrina, per una dissociazione tra il momento della conclusione del contratto e quello della sua esecuzione, solo quest'ultimo ubbidendo infatti al precetto dell'art. 2232 c.c..

Anche il profilo della responsabilità è totalmente avvolto nel buio. La norma come detto permette di affermare solo la responsabilità del professionista incaricato di eseguire la prestazione, ed in questo senso ricalca fedelmente, anche dal punto di vista letterale, l'analogo prescrizione che si legge nell'art. 2232 c.c., indizio più generalmente

¹¹⁷ Spada, *Società tra professionisti*, in *Riv. notariato*, 1997, 1367.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

significativo che essa è chiaramente priva di ogni portata eversiva rispetto ai principi che governano il contratto d'opera intellettuale. Non dice però nulla su quale sia la posizione della società in questo contesto; in particolare omette di precisare se la prestazione che il professionista socio è tenuto ad eseguire sotto la propria responsabilità costituisca, oltre che un'obbligazione evidentemente del professionista che la esegue e che appunto ne risponde, anche un'obbligazione della società.

Il dubbio può apparire retorico ove si considerino le complessive finalità perseguite dalla legge. Ma è indiscutibile che essa sul punto taccia. La lacuna può forse essere colmata qui in grazia di quanto prevede al riguardo la finitima disciplina della società tra avvocati, donde si evince che, essendo l'incarico professionale conferito alla società (art. 24), l'obbligazione che ne discende è inequivocamente un'obbligazione sociale e la responsabilità di essa, ferma in ogni caso quella del professionista che ha eseguito l'incarico, fa capo anche alla società che vi risponde infatti con il suo patrimonio (art. 26). Sembra dunque di poter dire, muovendo da questi dati normativi più certi, che anche nella disciplina abbozzata dalla seconda legge Bersani l'incarico professionale ricevuto dalla società generi prima di tutto un'obbligazione sociale del cui adempimento risponde la società e, in uno con essa e come la norma precisa in modo espresso, anche il professionista che ha provveduto a darvi esecuzione appunto sotto la propria responsabilità.

8. La società tra avvocati

Non si può chiudere la ricognizione su questo tema senza un breve cenno alla disciplina della società tra avvocati che ha visto la luce nel nostro ordinamento con le disposizioni recate dagli artt. 16 e segg. del D.lg. 2 febbraio 2001, n. 96, attuativo, come è noto, della direttiva 98/5/CE concernente l'adozione di misure volte a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica.

Nel dettare le disposizioni in questione il legislatore non ha fatto mistero di voler coltivare l'ambizione di prefigurare un possibile percorso futuro intendendo anticipare, intanto per la professione forense, una riforma che dovrà riguardare tutte le libere professioni.

Di queste anticipazioni o, meglio, di questa “sorta di fuga in avanti del legislatore”¹¹⁸ sul tema che ci interessa, diamo qui di seguito alcuni ragguagli in ordine agli snodi problematici più significativi che sono da tempo al centro del dibattito sulla società tra professionisti.

Nel far questo occorre intanto dare atto che sul piano del tipo societario prescelto per l'esercizio in forma associata della professione forense il legislatore, venendo meno ad un'opzione largamente diffusa, mostra di seguire un approccio che individua nella

¹¹⁸ Cagnasso, *La disciplina residuale del modello “società tra avvocati”*, in *Soc.*, 2001, 1180.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

società in nome collettivo il modello di elezione, stabilendo all'art. 16 che "la società tra avvocati è regolata dalle norme del presente titolo e, ove non diversamente disposto, dalle norme che regolano la società in nome collettivo di cui al capo III del titolo V del libro V del codice civile".

Resta perciò *per tabulas* escluso che l'attività forense possa essere esercitata facendo ricorso a modelli societari diversi e, segnatamente, ai tipi delle società di capitali¹¹⁹, esclusione che trova probabilmente spiegazione nel "radicato convincimento¹²⁰ che la struttura personalistica e la logica partecipativa, su cui si fonda il diritto delle società di persone, ben si adattano ai principi di indipendenza, personalità e fiducia richiesti per l'espletamento dell'incarico professionale"¹²¹.

Di maggior spessore problematico è la disposizione che nel secondo comma dell'art. 16 completa il rinvio alle norme sulla società in nome collettivo¹²², in ragione della quale, poiché l'iscrizione nel registro delle imprese è qui priva di efficacia dichiarativa, si perviene al paradossale risultato che la società tra avvocati finisce per essere assimilata ad una società irregolare e che una società siffatta, per il testuale disposto dell'art. 2297 c.c. non sarà regolata come pretenderebbe la prima parte dell'art. 16 citato dalle norme sulla società collettiva¹²³, ma da quelle meno severe della società semplice, con il conclusivo corollario che "sul piano civilistico la disciplina residuale applicabile alla società tra avvocati è la disciplina ... della società semplice"¹²⁴.

¹¹⁹ Il punto, da sempre, come si è detto (*supra*), al centro della discussione, è generalmente registrato in maniera critica: Schiano di Pepe, *Prime riflessioni*, cit., 300; Minervini, *La società tra avvocati*, cit., 1031.

¹²⁰ Di cui si rende tributaria la stessa Relazione governativa: "di conseguenza, nell'ambito dei tipi societari previsti dall'ordinamento possono essere utilizzati solo quei tipi che consentono l'applicazione delle medesime norme che disciplinano l'esercizio della professione, sia essa svolta a titolo individuale che in forma collettiva, e in primo luogo il possesso di un titolo abilitante da parte dei soci ad un regime di responsabilità simile a quello cui è soggetto il professionista individuale".

¹²¹ Codazzi, *Alcuni brevi commenti al Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società di avvocati*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 307.

¹²² Che recita "ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, è istituita una sezione speciale relativa alle società tra professionisti; l'iscrizione ha funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia ed è eseguita secondo le modalità del decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581"

¹²³ Cagnasso, *L'iscrizione nella sezione speciale e l'invalidità della società*, in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 137; Viscusi, *La società tra avvocati: il regime della responsabilità patrimoniale, professionale e disciplinare*, in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 228.

¹²⁴ Montalenti, *La società tra avvocati*, cit., 1174; Cagnasso, *La disciplina residuale*, cit., 1181; Abriani, *Sulla (im) possibilità di una trasformazione di studi professionali in società tra*

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Altro profilo che il legislatore si è dato cura di affrontare attiene a quello che era parso, per quel che se ne scritto fin'ora, l'ostacolo forse più difficile da superare nella prospettiva di una regolamentazione dell'esercizio in forma societaria delle attività professionale ovvero la difficoltà di conciliare, da un lato, il principio della personalità della prestazione con l'esercizio in comune dell'attività forma societaria e, dall'altro, il regime della responsabilità professionale del prestatore d'opera intellettuale con le regole che governano in relazione a ciascun tipo la responsabilità della società nei confronti dei propri creditori.

La risposta del legislatore trova collocazione principalmente nell'art. 24, che, perché ne sia chiara la portata, occorre tuttavia leggere in sintonia con gli artt. 17, comma secondo, secondo il quale "la società tra avvocati ha per oggetto esclusivo l'esercizio in comune della professione dei soci", e 21, comma primo, che a sua volta avverte che "i soci della società tra avvocati devono essere in possesso del titolo di avvocato", da queste disposizione ricavandosi il duplice postulato che l'incarico conferito alla società tra avvocati può avere ad oggetto solo una prestazione ricompresa nel novero delle attività forensi latamente intese e che i soggetti tenuti alla sua esecuzione possono essere solo avvocati.

Sotto la rubrica "incarico professionale e obblighi di informazione", l'art. 24 si dà cura di stabilire che "l'incarico professionale conferito alla società tra avvocati può essere eseguito solo da uno dei soci in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale richiesta", mentre nei commi successivi ci informa che è in facoltà del cliente scegliere a quale professionista tra coloro che sono soci della società debba essere affidata l'esecuzione dell'incarico, in difetto provvedendovi la società, onerata peraltro di comunicare al cliente il nominativo del socio che eseguirà il mandato prima del suo inizio.

E' agevole vedere in ciò l'ossequio prestato al dogma della personalità della prestazione e, probabilmente, allargando lo sguardo oltre lo steccato normativo, non è sbagliato vedere anche il segno del limite culturale che impedisce al legislatore di scrollarsi di dosso il peso, talora oppressivo, della tradizione che gli preclude nel caso specifico di trarre ogni debita conseguenza dal fatto che l'esercizio della professione, qui, non è più esercizio del singolo, ma esercizio di una comunità¹²⁵. Nondimeno nella soluzione accolta traspare pure il tentativo, condotto sia pure in modo farraginoso, specie nei passaggi successivi al conferimento dell'incarico, di imboccare concretamente la via di un'attualizzazione del concetto in rapporto al carattere metà

avvocati, in *Soc.*, 2001, 1189; Afferni, *Prime riflessioni sulla disciplina della "società fra avvocati"*, in *La società tra avvocati* a cura di De Angelis, Milano, 2003, 133.

¹²⁵ Minervini, *La società tra avvocati*, cit., 1038.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

individuale del soggetto cui si imputa la prestazione¹²⁶, in ciò mostrando di condividere su questo punto un approccio ricostruttivo da tempo presente in dottrina. In pratica, questo il senso dell'operazione portata a compimento con l'art. 24, "l'incarico professionale viene così conferito non alla persona fisica dell'avvocato ma alla società tra avvocati; alla società tra avvocati viene giuridicamente imputato lo svolgimento dell'attività, ma l'esecuzione della prestazione avviene ad opera della persona fisica socia della società tra avvocati. Viene meno la coincidenza soggettiva tra chi assume l'incarico, la società tra avvocati, e chi lo esegue, il socio, e quindi tra il contraente ed il professionista in concreto incaricato, con conseguente scissione tra imputazione giuridica della prestazione ed esecuzione della stessa"¹²⁷.

Altro fronte "caldo" su cui si è intrattenuto il D.lg. 96/2001 è quello della responsabilità professionale.

Peraltro non sembra che il tema sia stato affrontato con la necessaria chiarezza di idee. La conferma si rinviene fin da subito leggendo l'art. 26, che, a dispetto della sua intitolazione, fa seguire ai primi due commi che si occupano della responsabilità professionale, un terzo comma, che concerne invece la responsabilità patrimoniale della società per le obbligazioni che non derivano dall'attività professionale, e un quarto comma, che detta addirittura una norma processuale intesa ad assicurare l'efficacia della sentenza pronunciata nei confronti della società anche nei confronti dei soci.

Ciò ha fatto pensare¹²⁸ che "le norme dell'art. 26 si riferiscano tutte alla responsabilità patrimoniale, mentre il regime della responsabilità professionale debba ricostruirsi sulla base della disciplina generale e dell'unica disposizione, da cui possono ricavarsi regole specifiche, e cioè sulla base dell'art. 24".

Il rilievo non è probabilmente privo di giustificazione, ma, pur senza tacere i vizi di scrittura della norma, mostra di trascurarne i primi due commi.

¹²⁶ Significativo al riguardo è che nel disciplinare il profilo afferente all'imputazione del compenso la legittimazione della società, ancorchè la prestazione sia resa dal singolo socio, sia fuori discussione: l'art. 25 è testuale nel prevedere che "i compensi derivanti dall'attività professionale dei soci costituiscono crediti della società".

¹²⁷ Minervini, *La società tra avvocati*, loc.ult. cit., ed Id., *Conferimento, esecuzione ed inadempimento dell'incarico professionale nella nuova disciplina della società tra avvocati*, in *Contratto e impresa*, 2002, 618, ove si ricorda l'opinione di Buonocore, *Alcuni brevi commenti*, cit., 282, secondo cui la distinzione è "fondamentale", nonché negli stessi termini Viscusi, *La società tra avvocati*, cit., 211; Leozappa, *Società e professioni intellettuali*, cit., 59 ss.

¹²⁸ Montalenti, loc. ult. cit.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

Meglio è perciò credere¹²⁹, sulla scorta di un'intuizione che si era fatta strada nell'immediatezza dell'abrogazione dell'art. 2 l. 1815/39¹³⁰, che il legislatore abbia inteso innovare su questo terreno il regime della responsabilità societaria – che a rigore, dato il riferimento al tipo della società in nome collettivo, imporrebbe senza eccezioni la responsabilità illimitata di tutti i soci¹³¹ – secondo il modello di una disaggregazione causale delle obbligazioni, in guisa del quale la garanzia dovuta per ciascuna di esse viene modulata in funzione del titolo che ne è alla base e della collocazione in una delle due classi di rischio ipotizzabili nel caso specifico, a seconda cioè che l'obbligazione inerisca o meno all'attività professionale.

Da qui appunto la distinzione accolta nell'art. 26 tra obbligazioni che hanno origine dall'esercizio dell'attività professionale, e che generano propriamente la responsabilità professionale della società e dei soci che vi sono obbligati (commi primo e secondo), e obbligazioni non derivanti dall'attività professionale che danno vita invece alla responsabilità patrimoniale della società e di tutti i soci (comma terzo).

Ma quali sono “le obbligazioni derivanti dall'attività professionale” per le quali trova applicazione lo speciale regime di responsabilità delineato nei primi due commi dell'art. 26? Se è evidente che sono tali le obbligazioni che sorgono in dipendenza dell'inadempimento dell'incarico professionale conferito ai fini della rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio e, se abbia luogo in forma societaria, anche ai fini di una mera attività stragiudiziale¹³² e che per contro non sono tali le obbligazioni che riguardano la società in quanto soggetto esercente un'attività economica professionalmente organizzata, nondimeno residua un ampio arco di ipotesi in cui la qualificazione dell'obbligazione e, quindi, di conseguenza, anche il trattamento in punto di responsabilità, non si presta ad un inquadramento immediatamente certo. L'opinione prevalente è nel segno di ritenere, sulla preliminare considerazione che la responsabilità è affermata dalla legge con riferimento all'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico¹³³, che “il peculiare regime di responsabilità derogatorio della normativa societaria si giustifica solo ed esclusivamente nei limiti in cui venga in rilievo

¹²⁹ Minervini, *La società tra avvocati*, cit., 1040; Id., *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, cit., 629; Montagnani, *Il “tipo” della società tra professionisti denominato società tra avvocati*, in *Riv. società*, 2002, , 1018, nt. 163; Scognamiglio, *Amministrazione e responsabilità*, in AA.VV., *Le società di avvocati*, Torino, 2002, 116.

¹³⁰ Spada, *Società tra professionisti*, cit., 1369.

¹³¹ Lo sottolinea Leozappa, *Società e professioni intellettuali*. cit., 67 che sulla base di tale rilievo esclude “che in ordine al profilo di responsabilità dei professionisti soci la società tra avvocati possa costituire un utile modello per la ricostruzione della società tra professionisti”.

¹³² Minervini, *La società tra avvocati*, cit., 1040; Id., *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, cit., 630.

¹³³ Fezza, *Alcuni brevi comment al Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società di avvocati*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 291 ss.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

un'obbligazione (o, meglio, l'inadempimento di un'obbligazione) di natura strettamente personale, in quanto direttamente e specificatamente inerente l'esecuzione dell'attività professionale nella sua componente più squisitamente "intellettuale"¹³⁴. Sarebbero perciò estranee a questa disciplina non solo le obbligazioni concernenti l'acquisto o la locazione dei locali, l'assunzione del personale, il pagamento dei tributi, ecc., ma anche quelle che, pur essendo indiscutibilmente strumentali, come le spese per le visure o per i compensi dovuti a collaboratori o corrispondenti, non siano però riconducibili all'esercizio della professione, l'esercizio di questa concretandosi proprio dell'attività forense latamente intesa¹³⁵.

Quanto alle obbligazioni professionali in senso stretto, il meccanismo operativo delineato dall'art. 26, ne differenzia il trattamento a seconda o meno che il cliente o la società, nel caso in cui ne sia mancata la designazione da parte del primo, abbiano provveduto ad indicare nominativamente il professionista incaricato di dare esecuzione al mandato professionale. Nel primo caso, rispondono il solo professionista incaricato e la società (art. 26, comma primo), nel secondo la società ed illimitatamente e personalmente tutti i soci (art. 26, comma secondo). In questo secondo caso¹³⁶ riprende pacificamente vigore il principio generale dell'art. 2291 c.c. e delle obbligazioni professionali, come di qualunque altra obbligazione sociale, "rispondono solidalmente ed illimitatamente tutti i soci".

Qualche complicazione in più solleva invece l'inquadramento di entrambe le fattispecie con riguardo al rapporto che corre tra la responsabilità della società e la responsabilità del socio che abbia eseguito l'incarico o dei soci che ne siano altrimenti responsabili¹³⁷. Solo per fare una ricognizione meramente esemplificativa delle questioni, si chiede in particolare chi sia l'obbligato principale, se vi sia un nesso di

¹³⁴ Viscusi, *La società tra avvocati*, cit., 217.

¹³⁵ Viscusi, *La società tra avvocati*, cit., 218; diversamente, invece, Minervini, *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, cit., 629 ss., per il quale anche queste obbligazioni (l'autore fa l'esempio della società che, incaricata di assistere il cliente in una procedura giudiziale di esproprio, svolga anche un'attività di estimo o di cartografia o della società che presta la propria opera di consulenza in materia commerciale e, strumentalmente, in materia contabile) costituiscono obbligazioni professionali.

¹³⁶ Cui si affiancherebbe anche ogni altra ipotesi in cui il principio del primo comma sia rimasto inosservato, come ad esempio potrebbe accadere allorchè la società abbia comunicato tardivamente il nominativo del socio incaricato o non si sia attenuta all'indicazione del cliente: Fezza, *Alcuni brevi commenti*, cit., 294; Minervini, *La società tra avvocati*, cit., 1040; Id., *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, cit., 623; Scognamiglio, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 118.

¹³⁷ Annota Fezza, *Alcuni brevi commenti*, cit., 293 "che l'indicazione dell'affidatario prevista dall'art. 24 costituisce un espediente concesso alla società per limitare nei confronti dei terzi la responsabilità degli altri soci non affidatari, relativamente a ciascun singolo incarico".

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

sussidiarietà tra l'una e l'altra forma, se operi o meno il beneficio di escussione, quale natura abbia la responsabilità del socio, quali rimedi si diano sul piano interno in caso di fruttuosa escussione del patrimonio sociale o di risarcimento dovuto da tutti i soci.

Tutte questioni che la laconicità del disposto normativo lascia inevitabilmente insolute e che spetta all'interprete risolvere avendo cura di armonizzare il principio della personalità della prestazione con il fatto che qui la prestazione è resa non dal singolo professionista ma dalla società cui il mandato professionale viene espressamente conferito.

Si potrà perciò credere, accennando solo *en passant* alle soluzioni che riscuotono il maggiore consenso, che obbligato principale sia la società¹³⁸, che la responsabilità del socio o dei soci a seconda dei casi, sia solidale¹³⁹, che il rinvio alle norme della società in nome collettivo renda operante il beneficio dell'escussione preventiva¹⁴⁰, che la responsabilità del socio abbia comunque natura contrattuale, in applicazione di quell'orientamento pretorio che in altri campi ipotizza una responsabilità da "contatto sociale"¹⁴¹, e in ultimo che, nel caso in cui non possa richiamarsi l'art. 2260 nei rapporti tra la società ed il socio inadempiente¹⁴², il rimedio del regresso sia invece pienamente esperibile nel rapporto con gli altri soci cui l'inadempimento non sia imputabile¹⁴³.

9. La società tra professionisti che verrà

Quella della società tra professionisti, malgrado gli innegabili progressi che gli avvenimenti più recenti hanno messo in luce sul piano legislativo, di cui il D.lg. 96/2001 costituisce, pur se non l'ultimo, certo il passaggio più organico anche in ragione della funzione anticipatoria rispetto ad una futura regolamentazione della fattispecie che il legislatore ha inteso affidargli, è una vicenda ancora lontana dall'aver raggiunto uno stabile approdo.

A dispetto della sua longevità la società tra professionisti è ancora in cerca di una soddisfacente sistemazione normativa in grado di assicurare una composizione

¹³⁸ Fezza, *loc. ult. cit.*; Minervini, *La società tra avvocati*, cit., 1040; Montalenti, *La società tra avvocati*, cit., 1178; Minervini, *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, cit., 625; Spada, *Schegge di riforma del diritto delle società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 358; De Angelis, *loc. ult. cit.*;

¹³⁹ Buonocore, *Alcuni brevi commenti*, cit., 282; Fezza, *loc. ult. cit.*; Codazzi, *Alcuni brevi commenti*, cit., 313; Minervini, *La società tra avvocati*, *loc. ult. cit.*; Montalenti, *loc. ult. cit.*; Minervini, *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, cit., 628; Spada, *loc. ult. cit.*; Scognamiglio, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 117; De Angelis, *La società tra avvocati*, cit., 69; *contra* Mayr, *Le società fra professionisti*, cit., 163.

¹⁴⁰ Minervini, *Conferimento, esecuzione ed inadempimento*, *loc. ult. cit.*

¹⁴¹ Montalenti, *loc. ult. cit.*

¹⁴² Fezza, *Alcuni brevi commenti*, cit., 294.

¹⁴³ Fezza, *Alcuni brevi commenti*, cit., 295.

STUDI E OPINIONI

LA SOCIETÀ FRA PROFESSIONISTI

politicamente e socialmente sostenibile dei molteplici interessi che sono alla sua base e che in maniera sovente contrapposta ne hanno sin qui scandito tutto *l'iter* evolutivo dalla l. 1815/39 alle ultime interpretazioni delle leggi Bersani. Alle resistenze corporative che trovano naturale terreno di coltura nella disciplina ordinistica delle professioni e che si alimentano in un circuito chiuso e autoreferenziale si oppone con sempre maggior intensità la sfida dei mercati, che impone di prendere atto anche sul piano della sua regolamentazione giuridica quanto e come sia cambiata l'attività del professionista intellettuale al tempo della globalizzazione. E, accanto a questi che sono nodi propriamente politici, resta poi da sciogliere, sul terreno del diritto che verrà, la fondamentale questione della conciliazione del principio di personalità della prestazione con la spersonalizzazione dell'attività professionale che si determina quando il professionista intellettuale si identifichi in una società, i modesti tentativi abbozzati fin ora in questa direzione avendo creato per quel che si è visto molti più problemi di quanto era in animo dei loro autori chiudere in modo positivo.

C'è da augurarsi che i numerosi progetti di legge pendenti avanti al Parlamento in materia di riforma delle libere professionali e nei quali buona parte degli articolati è dedicata alla disciplina dell'esercizio professionale in forma societaria possano costituire l'occasione non solo perciò per un bell'esercizio stilistico.

Insomma la lunga marcia della società tra professionisti non è ancora finita.

IN TEMA DI RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO DI SOCIETÀ

Il lavoro ha ad oggetto il tema dell'applicabilità dell'istituto della rescissione al contratto di società. Tenuto conto delle sue peculiarità, si conclude per un'applicabilità solo potenziale della disciplina. Viene altresì affrontato il profilo del rapporto tra rescissione ed operazioni straordinarie.

di GIUSEPPE SORRENTINO

1. Introduzione

L'art. 2247 c.c., rubricato "Contratto di società", è sempre stato considerato come fondamentale ed imprescindibile punto di collegamento tra il *diritto societario* e la disciplina dei contratti. Differentemente da quanto accadeva prima dell'introduzione del Codice Civile del 1942, quando, cioè, si contendevano la disciplina della materia civilistica il Codice Civile del 1865 ed il Codice di Commercio del 1882, il diritto commerciale in generale e quello societario in particolare hanno trovato piena collocazione nell'ambito del diritto civile ed, in particolare, nel Libro V del nuovo Codice. L'art. 2247 c.c., quindi, oltre che dare inizio alla disciplina delle società, richiama espressamente quella dei contratti, ponendo, contemporaneamente, problemi di classificazione contrattuale e di applicazione della disciplina propria dei contratti alle società ed in particolare, per quanto riguarda lo studio in oggetto, dell'istituto della rescissione.

Il punto centrale dello studio, quindi, è rappresentato dalla corretta individuazione dell'ambito di applicazione dell'istituto, partendo dalle problematiche poste dalla classificazione dei contratti. Occorre, dunque, stabilire se l'istituto della rescissione sia applicabile soltanto ai contratti a prestazioni corrispettive o a tutti i contratti genericamente onerosi, se i contratti associativi possano o meno essere ricompresi nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive e, in caso di soluzione positiva, in cosa consista la corrispettività.

Occorre, dunque, preliminarmente analizzare l'istituto della rescissione nelle sue due forme, per poterne circoscrivere l'ambito di applicazione, operazione necessaria e funzionale alla disamina del problema della rescissione dei contratti associativi, ed in particolare del contratto di società.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

2. La rescissione

La rescissione è disciplinata dagli artt. 1447 e ss. del codice civile. Sono contemplati due tipi di rescissione: l'art. 1447, rubricato "Contratto concluso in istato di pericolo", disciplina un tipo di rescissione che possiamo definire *per stato di necessità e vizi del consenso* e che fa leva esclusivamente sul dato soggettivo relativo alla parte che ha assunto obbligazioni a condizioni inique; l'art. 1448, rubricato "Azione generale di rescissione per lesione", a sua volta, definisce la *rescissione per lesione* nella quale al dato soggettivo della necessità si aggiunge un dato oggettivo che si concreta nella sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra. Seguono poi disposizioni dedicate alla prescrizione dell'azione (art. 1449), all'offerta di modificazione del contratto (art. 1450), all'ammissibilità della convalida (art. 1451) ed agli effetti della rescissione rispetto ai terzi (art. 1452).

La rescissione si distingue dalla nullità e dalla annullabilità perché nel suo fondamento si ha riguardo diretto alla violazione di un sostanziale criterio di reale giustizia o di equità, più che alla libertà del volere, alla cui tutela effettivamente, ma indirettamente, essa pure mira. Pertanto il negozio rescindibile non è colpito da un vizio costitutivo.¹

Altra autorevole dottrina², invece, con riguardo all'ambito di applicazione della rescissione, parla di vizio della causa e precisamente di vizio originario che consiste in una sproporzione degli interessi rispettivamente sacrificati dalle parti col contratto³. La legge reprime questa sproporzione, non riscontrabile nei contratti aleatori, quando una delle parti abbia profittato, in mala fede, dello stato di pericolo o di bisogno dell'altra. Il vizio causale originario della sproporzione, rispetto al quale operano come presupposto le altre circostanze, dà luogo, nei casi e modi indicati dalla legge, alla rescissione del contratto⁴.

Normalmente, nei contratti a prestazioni corrispettive, la determinazione del corrispettivo avviene sulla base del giudizio di convenienza che ciascuno dei contraenti formula in ordine all'operazione economica. Il legislatore non ha motivo di interloquire su quanto le parti hanno liberamente concordato, trattandosi di materia rimessa all'autonomia privata. Solo in taluni casi viene predeterminato, con norme imperative, l'ammontare del corrispettivo (tariffe di pubblici servizi, ecc.).

Interventi correttivi sono previsti invece dal legislatore allorché la determinazione del corrispettivo è avvenuta in modo anomalo, sotto l'influsso di cause perturbatrici⁵. L'irregolarità del contratto non è data dalla iniquità in sé considerata, ma

¹ Cfr. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1999, p. 197.

² Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 2002, p. 184.

³ Cfr. MIRABELLI, *Il vizio della causa nel negozio giuridico*, 1950, p. 257 e ss.

⁴ Cfr. GIORDANO, *Sul fondamento dell'azione di rescissione dei contratti*, p. 677 e ss.

⁵ Cfr. CARNEVALI, *Lineamenti di diritto privato*, Torino 2001, p. 470

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

dalla iniquità risultante dall'approfittamento di una situazione di anomala alterazione della libertà negoziale. Le cause di tale alterazione possono essere assimilate ai vizi del consenso poiché l'eccezionale pressione esercitata dal pericolo o dal bisogno esula dalle comuni motivazioni del contrarre fino a privare il soggetto della normale libertà decisionale⁶. Non vi è nel nostro ordinamento una nozione unitaria di vizio del consenso, ma soltanto la disciplina e la considerazione dei singoli vizi, tradizionalmente individuati nell'errore, nella violenza e nel dolo. Tali figure sono dirette a tutelare la libertà del soggetto; l'atto viziato da errore, spontaneo o provocato, ovvero estorto con violenza, può essere impugnato e quindi travolto radicalmente, anche se vantaggioso per l'autore; l'ordinamento prescinde da una rilevanza di interesse patrimoniale eventualmente leso dall'atto concluso per errore o violenza⁷. Anche la rescissione mira a tutelare la libertà del soggetto, libertà decisionale che è stata sottratta o quanto meno ridimensionata da uno stato di pericolo o di bisogno.

2.1. Per stato di necessità e vizi del consenso

L'art. 1447 prevede l'ipotesi di chi abbia assunto obbligazioni a condizioni inique a causa di un grave stato di pericolo, noto alla controparte, dato dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. In tali circostanze il contratto può essere rescisso sulla base della domanda della parte che si è obbligata.

Pur essendo diverse le fattispecie richiamate da tale norma, l'elemento comune è quello della strumentalità dell'atto, quale mezzo per conseguire la salvezza da un pericolo attuale di un danno grave alla persona⁸. Il danno temuto deve consistere in un pregiudizio ai fondamentali diritti di rispetto della persona (integrità fisica, onore, ecc.)⁹.

Il primo elemento preso in considerazione dal legislatore è quello del pericolo attuale di un danno grave alla persona.

Per pericolo si intende la possibilità di un danno¹⁰. Tale danno deve essere attuale, quindi per contrastarlo si impone un comportamento attuale¹¹. La situazione di pericolo può anche essere stata causata dalla stessa parte, poiché in questa circostanza lo stato di necessità è preso in considerazione dal legislatore non come esimente di un illecito – come invece accade nell'art. 2045 c.c. e nell'art. 54 c.p. – bensì come situazione obiettiva che determina la parte alla conclusione del contratto. La situazione di pericolo rileva non solo quando essa dipenda da fatti oggettivi, ma anche quando sia

⁶ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, vol. 3, il contratto*, Milano 2000, p. 682.

⁷ Cfr. CARPINO, *Il codice civile, Commentario: La rescissione del contratto*, Milano 2000, p. 4.

⁸ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, vol. 3, il contratto*, Milano 2000, p. 684.

⁹ Cfr. PIRAS, *Saggio sul comportamento necessitato nel diritto privato*, Sassari, 1948, p. 16

¹⁰ Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 245.

¹¹ Cfr. MONTEL, *Comm. al c.c.*, a cura di D'AMELIO e FINZI, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 768.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

posta in essere da una persona fisica, purché, in tal caso, non sia fatta con l'intenzione di estorcere il consenso della parte necessitata.

Il pericolo deve riguardare la persona e sono ricompresi anche i diritti della personalità, come il diritto all'integrità fisica, all'onore, il diritto d'autore.

Infine il danno deve essere grave, poiché il fondamento della rescissione è ravvisabile nella tutela della libertà di determinazione del contenuto del contratto. Se il danno non fosse grave, tale libertà non verrebbe menomata in modo tale da costringere la parte ad accettare la conclusione di un contratto a condizioni inique, e non si rientrerebbe nella fattispecie della rescissione¹².

Con "condizioni inique" il legislatore si riferisce a tutto il regolamento contrattuale, non si limita, quindi, al mero squilibrio tra le prestazioni, bensì ricomprende anche modalità che siano particolarmente gravose¹³.

2.2. Per lesione

L'art. 1448 prevede l'ipotesi in cui sussista una sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra e tale sproporzione sia dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra abbia approfittato per trarne vantaggio. E' prevista una azione a favore della parte danneggiata con la quale quest'ultima può richiedere la rescissione del contratto.

Il legislatore specifica anche il *quantum* della sproporzione, nel secondo comma dell'art. 1448: "L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto".

La rescissione per lesione *ultra dimidium* è istituito che richiede la presenza di tre presupposti: *a)* la lesione obiettiva di oltre il 50%, che sia accompagnata *b)* dall'abuso, che l'una parte fa, *c)* dello stato di bisogno dell'altra.

Quanto al primo presupposto, lo stesso rappresenta l'elemento oggettivo della rescissione per lesione. Per accertare il superamento della soglia della metà (l'*ultra dimidium*), occorre tener conto del valore delle prestazioni sia al momento della conclusione del contratto che al momento in cui la relativa azione venga esperita, come si desume dal terzo comma dell'art. 1448 c.c., a norma del quale «la lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è stata proposta»¹⁴.

¹² Cfr. CARPINO, *op. cit.*, p. 24-25.

¹³ Cfr. BIANCA, *op. cit.*, 645, nota 234.

¹⁴ Cfr. CARPINO, *Il codice civile, Commentario: La rescissione del contratto*, Milano, 2000, p. 42, secondo il quale «per stabilire la sussistenza o meno della lesione bisogna valutare il contenuto del contratto», ma occorre, tuttavia, «escludere le spese relative alla stipulazione del medesimo», *Cass.* 9 aprile 1954 n. 1131 in *Giust. Civ.*, 1954, I, p.861.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

Per quanto riguarda, invece, il presupposto dell'approfittamento, si è discusso in dottrina circa l'entità che lo stesso debba avere e, in particolare, riguardo a quale contegno della controparte potesse essere considerato abuso dello stato di bisogno e comportare, dunque, la sussunzione della fattispecie nell'alveo dell'istituto della rescissione.

Una prima ricostruzione¹⁵, più risalente, considerava necessario, ai fini della configurazione dell'approfittamento, un comportamento attivo, riconducibile al compimento di attività volte a trarre un vantaggio dall'altrui stato di bisogno. Tale tesi, però, porta ad escludere l'applicazione dell'istituto in esame alle fattispecie in cui la sproporzione tra le prestazioni segua alla proposta fatta dalla parte che si trovi nello stato di bisogno.

Dottrina preferibile¹⁶, quindi, ritiene che sia sufficiente anche un comportamento meramente passivo da parte del soggetto profittatore, facendo coincidere l'approfittamento con la semplice consapevolezza dello stato di bisogno in cui versì la controparte¹⁷.

Quanto al presupposto dello stato di bisogno, infine, non appare più sufficiente aderire alla concezione più diffusa e risalente¹⁸, secondo la quale lo stesso si identificherebbe con una situazione di difficoltà economica. E' fuor di dubbio che l'istituto della rescissione possa essere invocato, a propria tutela, sia dalla parte alienante che dalla parte acquirente di un contratto a prestazioni corrispettive¹⁹. Solo la prima delle due parti, però, si troverà in una situazione di difficoltà economica, mentre la seconda, all'opposto, si troverà ad effettuare una prestazione il cui valore eccederà il doppio del valore della controprestazione, circostanza incompatibile con una difficoltà economica. Ecco, allora, che la più attenta dottrina ritiene che lo stato di bisogno possa essere valutato solo alla luce del complesso degli interessi della parte in favore della quale si invoca l'utilizzo dell'istituto²⁰.

¹⁵ Cfr. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 98.

¹⁶ Cfr. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.*, Torino, 1993, p.477; CARPINO, *op. cit.*, p. 39; GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2006, p. 1008; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1998, p. 687.

¹⁷ Cfr. TRABUCCHI, *op. cit.* p. 197; CARPINO, *op. cit.*, p. 39-40, secondo il quale è «sufficiente, per integrare l'approfittamento, uno stato intellettuale di conoscenza». Non si tratta di uno stato volitivo, in quanto «un eventuale intento di trarre profitto è irrilevante». In conclusione, la non necessità di un comportamento fattivo esclude la configurazione della rescissione quale tipo di sanzione contro un illecito.

¹⁸ Cfr. RIZZO, *Sulla nozione di «stato di bisogno» nella rescissione per lesione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 160 ss; DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p.786.

¹⁹ Cfr. CARPINO, *op. cit.*, p. 34; *Cass.* 5 aprile 1984 n. 2217, in *Rep. Foro it.*, 1984.

²⁰ Cfr. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 252; CARPINO, *op. cit.*, p. 34, secondo il quale gli elementi costitutivi dello stato di bisogno vanno individuati in: «1) un complesso di interessi da

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

3. Ambito di applicazione. Contratti a prestazioni corrispettive

E' ritenuta pacifica in dottrina²¹ l'applicabilità dell'istituto della rescissione a tutti i contratti a prestazioni corrispettive, essendo la sua finalità quella di eliminare una sproporzione tra le prestazioni mediante l'estinzione del rapporto o mediante la riconduzione ad equità. Ciò è confermato sia dall'inciso iniziale dell'art. 1447 c.c.: «assunto obbligazioni a condizioni inique», sia, e soprattutto, da quello dell'art. 1448 c.c.: «se vi è sproporzione tra le prestazioni di una parte e quelle dell'altra», in considerazione del fatto che un rapporto tra prestazioni si rinviene evidentemente nei contratti corrispettivi. E' discusso se tale rapporto possa essere rinvenuto anche nei contratti genericamente onerosi²², nei quali il sacrificio sopportato dalla parte è rivolto al raggiungimento di un risultato che può o meno coincidere con la controprestazione dell'altra²³.

Appare preferibile la tesi negativa, alla luce del disposto dell'art. 1468 c.c., in tema di risoluzione per eccessiva onerosità, istituto che presenta alcune analogie con la rescissione. Tale articolo, infatti, dando per presupposta l'inapplicabilità della risoluzione ai contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, prevede, in tale fattispecie, solo la possibilità per la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, di ottenere una riduzione della stessa. In tema di rescissione, invece, non è prevista neppure tale tutela a favore del soggetto che abbia stipulato un contratto con obbligazioni solo a suo carico, in presenza degli ulteriori presupposti di cui agli artt. 1447 o 1448 c.c., potendosi, quindi, anche in tal caso ritenere inapplicabile l'istituto ai contratti onerosi che non siano anche a prestazioni corrispettive.

3.1. Segue: Corrispettività dei contratti associativi

Aderendo alla ricostruzione secondo la quale l'istituto della rescissione risulta applicabile ai soli contratti a prestazioni corrispettive, occorre chiarire se possano o meno essere ricompresi in tale categoria i contratti associativi o con comunione di scopo.

soddisfare; 2) una deficienza di beni atti a soddisfare tali interessi; 3) le eventuali conseguenze dannose che possono derivare dal mancato soddisfacimento».

²¹ Cfr. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1004; CARPINO, *op. cit.*, pp. 43 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1997, pag. 3.

²² Cfr. in senso contrario CARPINO, *op. cit.*, p. 43.

²³ Cfr. CARPINO, *op. cit.*, p. 44. Nei contratti onerosi in generale ciò che rileva è la correlazione tra il sacrificio sopportato ed il risultato che direttamente ed immediatamente consegue ad esso. Tale circostanza si rinviene anche nei contratti unilaterali (come il mutuo, il deposito, il mandato). Nei contratti a prestazioni corrispettive, invece, ciò che rileva è il c.d. sinallagma, ossia il legame, genetico e funzionale, che esiste tra la prestazione e la controprestazione. Risulta, dunque, che tutti i contratti a prestazioni corrispettive sono onerosi, mentre, all'inverso, non tutti i contratti onerosi sono a prestazioni corrispettive.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

Una prima ricostruzione esclude categoricamente dal novero dei contratti a prestazioni corrispettive i contratti associativi, basandosi sul dato che in essi non si verifica la circostanza che entrambe le parti sopportino un sacrificio direttamente ed immediatamente conseguente alla conclusione del contratto²⁴.

In altre parole, i contratti associativi rientrano tra i contratti onerosi, ma non sono corrispettivi²⁵. In quelli associativi tutte le parti sopportano un sacrificio, assumendo obblighi ai quali si ricollega la partecipazione alla vita del gruppo, ma tale rapporto tra conferimento e partecipazione non ha carattere corrispettivo, in quanto la partecipazione esprime soltanto la misura, il modo appunto di partecipare all'attività sociale²⁶.

E' stato infatti osservato da autorevole dottrina²⁷ che «l'interesse che con il contratto di società si vuole realizzare acquista specifico rilievo nel momento esecutivo, vale a dire attraverso le attività e l'organizzazione del gruppo che esprimono sul piano formale il "proiettarsi" delle prestazioni verso lo scopo comune²⁸. Per contro nei contratti sinallagmatici le attribuzioni patrimoniali (termine che meglio chiarisce quello volutamente generico adottato dal legislatore) sono corrispettive in quanto la realizzazione degli interessi formalmente composti con il contratto, avviene mediante l'esecuzione di prestazioni che ciascuna delle parti compie nei confronti dell'altra.»

A differenza dell'onerosità, dunque, dove i sacrifici non sono tra loro interdipendenti in quanto esprimono esclusivamente un particolare assetto economico, nei contratti corrispettivi ognuna delle rispettive attribuzioni ha il suo fondamento giustificativo nella correlativa controprestazione²⁹. Non basta che vi siano sacrifici da entrambe le parti; l'esistenza di un obbligo a carico di entrambe le parti è elemento necessario, ma non sufficiente, poiché deve essere accompagnato da una correlazione

²⁴ Cfr. in tal senso, CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 3, secondo il quale «le società possono essere inquadrate nella più ampia categoria dei contratti associativi o con comunione di scopo» che sono ben diversi dai contratti di scambio o corrispettivi poiché, come asserisce GRAZIANI, *Il diritto delle società*, Napoli 1962, p. 31, «in essi l'avvenimento che soddisfa l'interesse di tutti i contraenti è unico (nelle società, l'esercizio in comune dell'attività economica che forma oggetto del contratto), laddove nei contratti di scambio l'avvenimento che soddisfa l'interesse d'una delle parti è diverso dall'avvenimento che soddisfa l'interesse dell'altra (nella compravendita l'interesse del compratore è soddisfatto dal trasferimento di proprietà della merce, l'interesse del venditore dal trasferimento di proprietà del prezzo)».

²⁵ Cfr. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1004.

²⁶ In tal senso si esprime diffusamente la dottrina. Si veda, *ex multis*, CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 3-4; CARPINO, *op. cit.*, p. 44.

²⁷ Cfr. CARPINO, *op. cit.*, p. 44.

²⁸ Cfr. in tal senso anche ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 210 e ss.

²⁹ Cfr. CARPINO, *op. cit.*, p. 45.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

tra le prestazioni, da quel sinallagma che è il legame reciproco tra prestazione e controprestazione, legame tanto forte da rendere le obbligazioni stesse interdipendenti³⁰, e tale da dare origine ad una autonoma categoria di contratti, quella appunto dei contratti sinallagmatici o a prestazioni corrispettive. I contratti associativi, dunque, secondo tali autori, si pongono quale esempio emblematico di contratto plurilaterale oneroso che non sia anche a prestazioni corrispettive.

Altra dottrina³¹, invece, ritiene che la corrispettività tra le prestazioni non sia necessariamente incompatibile con la comunione di scopo, potendo ben configurarsi un contratto associativo che sia, al tempo stesso, sinallagmatico. Ciò che rileva, si sostiene, ai fini della sinallagmaticità è solo l'onerosità. Tale ricostruzione ha ottenuto di recente nuovi consensi, anche se non vi è concordia di opinioni su quali siano le prestazioni corrispettive nell'ambito dei contratti associativi.

3.2. *Segue: Prestazioni corrispettive*

La dottrina favorevole alla ricomprensione dei contratti associativi nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive si è dedicata, in particolare, alla ricerca della corrispettività nel contratto associativo per eccellenza: il contratto di società. Sono state, quindi, proposte varie soluzioni per individuare la prestazione corrispettiva a quella di ogni singolo socio, consistente nel conferimento dallo stesso apportato.

Punto di partenza, rispetto al quale vi è concordia d'opinioni³², è che di certo il sinallagma non sussiste tra i conferimenti effettuati dai singoli soci, non essendo gli stessi connessi tra loro dallo stretto vincolo di corrispettività che caratterizza tale categoria di contratti. Si osserva³³, infatti, che il codice esclude che per il venir meno del vincolo o della prestazione di una tra le parti, venga meno il contratto o il rapporto che ne discende.

Altro elemento, parimenti pacifico, è che una delle due prestazioni che si pongono in rapporto di corrispettività è il conferimento del singolo socio. E' stato

³⁰ Cfr. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 684.

³¹ Cfr. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, pp. 221 e ss.; BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2006, p. 265; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1993, p. 53, secondo il quale «è ormai accreditata l'affermazione che tra le due figure (contratto plurilaterale e contratto a prestazioni corrispettive) non vi sia contrapposizione e che pertanto la comunanza di scopo che caratterizza il contratto di società non esclude che esso sia da considerarsi anche a prestazioni corrispettive»; MARASÀ, *Le società in generale*, Padova, 2000, p. 16, secondo il quale il carattere sinallagmatico è «presente nei contratti di scambio, ma non esclusivo di questi».

³² Cfr. PALUMBO, *Le società in generale e le società di persone*, Milano, 2008, p. 203; GRAZIANI, *op. cit.*, p. 35; DI SABATO, *op. cit.*, p. 53.

³³ Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, p. 35.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

osservato, infatti, che «non può darsi socio senza obbligo di conferimento³⁴» e «non esiste società senza conferimenti³⁵».

Secondo alcuni autori, quindi, il contratto di società sarebbe caratterizzato dalla corrispettività tra il conferimento ed il conseguimento dello scopo comune³⁶. Referente normativo di tale ricostruzione è l'art. 1420 c.c., a norma del quale «le prestazioni di ciascun socio sono dirette al conseguimento di uno scopo comune». Di conseguenza deve essere determinato specificamente e non genericamente l'oggetto sociale, poiché solo in tal modo i soci possono valutare l'estensione delle obbligazioni da essi assunte.

Altri autori ravvedono la corrispettività tra il conferimento e partecipazione sociale, intesa non come entità astratta o come *status* di socio, ma come espressione di sintesi di tutte le situazioni soggettive attive e passive del socio in quanto tale³⁷, poiché sarebbe riduttivo ritenere che la controprestazione ricevuta dal socio consista solo nel conseguimento dello scopo comune o nel diritto agli utili ed alla quota di liquidazione, essendo questa concezione riduttiva rispetto alla complessità delle situazioni giuridiche facenti capo al socio.

La ricostruzione che raccoglie i maggiori consensi, infine, rinviene la corrispettività tra il conferimento e la partecipazione agli utili sociali³⁸. Si badi, però, che la corrispettività deve necessariamente rinvenirsi nei rapporti tra i soci, parti del contratto plurilaterale di società, e non nei confronti della società, che è, sì, persona diversa dai singoli soci, ma non è ancora venuta ad esistenza al momento della stipulazione del contratto, né sarà tenuta ad alcuna prestazione nei loro confronti.

Elemento comune a tutte le ricostruzioni analizzate è la conseguenza che al contratto di società sia applicabile il rimedio della rescissione per lesione. La sussunzione del contratto di società nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive ha trovato una solida base anche in una pronuncia della Suprema Corte³⁹ secondo la quale «il contratto con il quale il socio di una società per azioni effettua conferimenti in natura in favore della società medesima, per la sottoscrizione di nuove azioni in sede di aumento del capitale, ha natura commutativa, in quanto i conferimenti costituiscono corrispettivo delle nuove azioni di cui il socio diventa titolare. Ne consegue che, qualora fra il valore dei conferimenti e quello nominale delle azioni si verifichi sproporzione

³⁴ Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ Cfr. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, pp. 1 e ss.

³⁶ Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, p. 35, secondo il quale «un rapporto di sinallagmaticità intercorre [...] tra la prestazione di ciascun contraente e la realizzazione dello scopo comune».

³⁷ Cfr. DI SABATO, *op. cit.*, pp. 53-54.

³⁸ Cfr. MARASÀ, *op. cit.*, p. 16, secondo il quale il momento dello scambio si rinviene anche nel contratto di società, dal momento che il socio, a fronte dell'obbligo di conferimento nel patrimonio sociale, acquista il diritto di partecipazione; PALUMBO, *op. cit.*, p. 203; FERRARA, *Istituti e nature giuridiche di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 309.

³⁹ Cfr. *Cass.* 27 febbraio 1976, n. 639, in *Giustizia civile*, 1976, 1, p. 895.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

ultra dimidium, va' riconosciuta in favore del socio, nel concorso delle altre condizioni di cui all'art 1448 c.c., l'azione generale di rescissione del contratto per lesione. L'accoglimento di detta azione [...] comporta soltanto l'obbligo della società stessa di restituire i beni conferiti, con una parallela riduzione del capitale sociale, nei limiti del valore delle azioni assegnate in corrispettivo, e salva la facoltà di ridurre ad equità il rapporto, attraverso un conguaglio pecuniario, o l'assegnazione gratuita di altre azioni, previo corrispondente aumento del capitale».

Ancora la Suprema Corte, più di recente, anche se affrontando solo marginalmente la problematica⁴⁰, afferma che «è ben vero che il contratto di società si qualifica come contratto plurilaterale caratterizzato da comunanza di scopo e quindi da convergenza, e non contrapposizione, di interessi: da tale configurazione viene, tra l'altro, fatta discendere l'inapplicabilità al contratto di società della risoluzione per inadempimento e della *exceptio inadimpleti contractus* previste per la categoria dei contratti a prestazioni corrispettive. Ma quella che viene in considerazione [...] non è la sinallagmaticità in senso stretto la cui nozione è sottesa alla disciplina codicistica della risoluzione del contratto, bensì una più ampia nozione di commutatività in relazione alla quale possa razionalmente configurarsi la possibilità di una lesione dell'integrità del patrimonio che a posteriori risulterà vincolato alla liquidazione concorsuale e con essa un'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*. E di tale carattere di commutatività debbesi riconoscere la sussistenza nella fattispecie della sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale, la cui struttura negoziale non potrebbe essere *sic et simpliciter* ricondotta al modello della costituzione della compagine sociale sulla base del solo rilievo della incidenza che su di essa è destinata ad esplicare. Nella sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale la società emittente e il sottoscrittore si pongono in una condizione di alterità soggettiva che non viene meno per il solo fatto che destinatario dell'offerta e autore dell'accettazione di essa sia un soggetto che già riveste ad altro titolo la qualità di socio e che con la sottoscrizione delle nuove azioni intende ampliare la dimensione della sua partecipazione societaria».

Entrambe le sentenze citate hanno un carattere comune. Non viene fatto riferimento, ai fini dell'individuazione della lesione, ai contratti sinallagmatici, bensì ai contratti commutativi. Nella classificazione del contratto i contratti commutativi sono definiti quali contratti nei quali le prestazioni vengono stabilite in precedenza, come punto d'arrivo delle trattative. Ciascuno dei contraenti sa fin dal momento della conclusione del contratto quale sarà l'ammontare del suo sacrificio e conosce quale bene dovrà essergli corrisposto⁴¹. E', quindi, questa più ampia categoria l'ambito di applicazione dell'istituto della rescissione, applicabile ogniqualvolta intervenga una

⁴⁰ Cfr. Cass. 5 novembre 1999, n. 12317, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2000, 12, p. 1340, in materia di azione revocatoria fallimentare.

⁴¹ Cfr. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 204.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

lesione tra ciò che una parte aveva deciso di sacrificare ed il risultato che in relazione a tale sacrificio avrebbe dovuto ottenere.

4. Casistica. Lesione in fase di costituzione della società ed in caso di aumento

In conseguenza delle considerazioni esposte, appare opportuno analizzare gli ambiti del diritto societario in cui l'istituto della rescissione potrebbe trovare applicazione e se tale applicazione sia effettivamente possibile, in base alla ricostruzione che si ritenga di adottare. E' necessario, inoltre, analizzare gli effetti di una eventuale rescissione del contratto di società e verificare se gli stessi siano compatibili con la specifica disciplina societaria in materia.

Occorre distinguere, in particolare, il caso in cui la prestazione del socio, consistente nel conferimento di quanto necessario ai fini dell'esercizio in comune dell'attività economica prescelta, venga effettuata in sede di costituzione o in sede di aumento del capitale sociale della società.

E' pacifico che in sede di costituzione venga stipulato, tra i soggetti che diventeranno poi soci, un contratto plurilaterale con comunione di scopo⁴², commutativo, ed abbiamo analizzato le differenti prospettive della dottrina circa le prestazioni oggetto di corrispettività. Nello specifico, secondo gli autori che sostengono che la corrispettività sussista tra il conferimento ed il conseguimento dello scopo comune⁴³, risulterebbe inapplicabile l'istituto della rescissione per lesione *ultra dimidium* non essendo possibile quantificare una sproporzione tra le due prestazioni corrispettive⁴⁴.

Analogamente risulterebbe inapplicabile l'istituto della rescissione al contratto di società per coloro che ritengono che la corrispettività sussista tra il conferimento e l'acquisto dello *status* di socio⁴⁵, che risulta acquisito indipendentemente dall'entità della partecipazione del socio⁴⁶.

⁴² Cfr. PALUMBO, *op. cit.*, p. 65; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, *cit.*, p. 3.

⁴³ Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, pp. 34 e ss.

⁴⁴ Non sarebbe possibile quantificare *a priori* il valore della controprestazione e, quindi, verificare la sussistenza della lesione *ultra dimidium*.

⁴⁵ Cfr. DI SABATO, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

⁴⁶ Cfr. DI SABATO, *op. cit.*, pp. 54-55, secondo il quale «sembra possibile ricollegare alla mancanza originaria di sinallagma le ipotesi di rescissione [...] le quali snaturino in maniera sostanziale la partecipazione alla società», ma ritiene che i problemi di validità della singola clausola si risolvano «o mediante la sostituzione di diritto delle clausole nulle con le norme imperative o con l'estensione della nullità della singola clausola all'intera partecipazione del socio o all'intero contratto di società, a norma dell'art. 1420 c.c.». Si pensi, inoltre, al principio della non necessaria proporzionalità tra conferimento ed assegnazione di azioni, di cui al

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

Più problematica è, invece, la questione per coloro che individuano la corrispettività nel rapporto tra il conferimento e la partecipazione agli utili sociali⁴⁷. In tal caso, infatti, nei limiti del divieto di cui all'art. 2265 c.c., è ben possibile che le parti pattuiscano una distribuzione degli utili non proporzionale (ad esempio, mediante la creazione di azioni speciali di cui all'artt. 2348, c.2, e 2350, c.1, c.c.) e, quindi, siano concordi nel realizzare una sproporzione tra il conferimento effettuato e la percentuale di utili percepiti. Altro problema sorge nel caso in cui il socio proceda, ai sensi dell'art. 2342 c.c., ad un conferimento in natura. In tal caso è, invece, evidente come possa manifestarsi una sproporzione tra il valore effettivo del conferimento e quello che venga ad esso attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e, conseguentemente, incidendo sulla percentuale di utili percepibili. Tale fattispecie, però, trova una disciplina specifica negli artt. 2343 e ss.⁴⁸, disciplina che, dunque, prevale su quella della rescissione per lesione, che è istituto generale. Ciò sembrerebbe confermato dal comma 4 dell'art. 2343 c.c. a norma del quale «se risulta che il valore dei beni o dei crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, la società deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte. Tuttavia il socio conferente può versare la differenza in danaro o recedere dalla società; il socio recedente ha diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura.» E' prevista, difatti, una soglia inferiore (un quinto, anziché un mezzo) affinché la sproporzione risulti lesiva ed è previsto un rimedio automatico (la società *deve* proporzionalmente ridurre il capitale sociale) rispetto alla tutela giudiziale prevista dall'art. 1448 c.c..

Ancora differente è la situazione che si verifica in sede di aumento del capitale sociale. In tal caso, infatti, occorre preliminarmente individuare quale sia la natura di tali conferimenti ed in particolare se gli stessi abbiano la stessa natura dei conferimenti

novellato art. 2346 c. 4 c.c., introdotto con la riforma del 2003. A norma di tale articolo, infatti, è attribuita ai soci la facoltà di prevedere, nello statuto sociale, che le azioni siano attribuite in misura non proporzionale al conferimento da ciascuno effettuato, senza che ciò influisca sull'acquisto dello *status* di socio. La sproporzione, unanimemente accettata, non assume i contorni propri della lesione di cui all'art. 1448 c.c., essendo considerata dal legislatore quale frutto di una valutazione globale effettuata dai soci, avente ad oggetto elementi ulteriori rispetto al valore dei conferimenti ed al numero delle azioni assegnate.

⁴⁷ Cfr. MARASÀ, *op. cit.*, p. 9; PALUMBO, *op. cit.*, p. 203; FERRARA, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁸ Cfr. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 196 e ss.; MIOLA, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di G.F. CAMPOBASSO, Milano, 2003, e in *I conferimenti in natura*, in *Tratt. Soc. per az.*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Torino, 1998; PISANI MASSAMORMILE, *I conferimenti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1994, p. 43; GAZZONI, *op. cit.*, p. 1427; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice Civile*, Padova, 2009, pp. 2680 e ss.; FERRUCCI-FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, 1, Milano, 2005, pp. 231 e ss.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

in sede di costituzione e, quindi, con le analoghe disquisizioni circa l'esistenza o meno della corrispettività, oppure se costituiscano un'obbligazione del singolo socio nei confronti della società. Aderendo alla prima ricostruzione⁴⁹, le problematiche connesse all'applicabilità dell'istituto della rescissione al conferimento in sede di aumento, troverebbero soluzioni analoghe a quelle esposte per i conferimenti in sede di costituzione. Qualora, invece, si ritenga che in sede di aumento di capitale il socio abbia assunto, con la sottoscrizione delle nuove azioni, un'obbligazione verso la società stessa⁵⁰ e della quale il conferimento costituisca mero adempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione⁵¹, vanno a mutare i soggetti del contratto e, conseguentemente, le prestazioni corrispettive. Si entra nella più vasta problematica concernente il rapporto tra i singoli soci e la società, laddove il rapporto organico esiste tra l'assemblea (e non i singoli soci) e la società stessa. Non risulta possibile, quindi, individuare la corrispettività (o, quanto meno, la commutatività) necessaria per l'applicazione dell'istituto della rescissione.

In conclusione, dunque, pur ammettendo, con qualche sforzo, l'applicabilità dell'istituto della rescissione per lesione al contratto di società, ravvisando nello stesso una corrispettività tra le prestazioni dei singoli soci e la partecipazione agli utili sociali, tale disciplina generale risulta, di fatto, inapplicabile stante la normativa specifica che regola il diritto societario e che non lascia margini al ricorso all'istituto in esame.

5. Rescissione ed operazioni straordinarie

Concludiamo l'analisi relativa all'ambito di applicazione dell'istituto della rescissione in materia societaria valutandone il rapporto con le operazioni straordinarie sul capitale di cui agli artt. 2498 e ss. c.c.. Occorre, in particolare, individuare la sussistenza di un'eventuale contratto a prestazioni corrispettive (o, quanto meno, commutativo) nella struttura delle operazioni di trasformazione, fusione e scissione e, dunque, valutare la possibilità di rescindere tale contratto in presenza di una lesione *ultra dimidium*.

5.1. Segue: trasformazione

Ai sensi dell'art. 2498 c.c. «con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha

⁴⁹ Cfr. FERRUCCI-FERRENTINO, *op. cit.*, 2, p. 1011, secondo i quali «si acquisiscono nuovi conferimenti che accrescono il patrimonio societario».

⁵⁰ E non, come avviene in sede di costituzione, di obbligazioni assunte dal singolo socio nei confronti degli altri.

⁵¹ Cfr. per tutti DI SABATO, *Manuale delle società*, Milano 1999, secondo il quale si tratta di un negozio giuridico che si perfeziona per effetto del semplice consenso e rispetto al quale il versamento del 25% costituisce solo uno degli effetti immediati e preliminari del contratto stipulato.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

effettuato la trasformazione». L'istituto può essere, dunque, definito come il mezzo giuridico per realizzare il mutamento del modello organizzativo dell'impresa collettiva attraverso la modificazione dell'atto costitutivo dell'ente, unitamente, nel caso di trasformazione eterogenea, al mutamento dello scopo⁵². La natura giuridica dell'istituto sembra quindi essere, secondo dottrina preferibile, quella di un procedimento riorganizzativo del patrimonio, variazione di assetto e di struttura organizzativa, la quale non incide sui rapporti sostanziali e processuali facenti capo alla originaria organizzazione societaria⁵³.

Alla luce di tale ricostruzione e della disciplina propria della trasformazione, a norma della quale la stessa avviene in virtù della delibera dell'assemblea dei soci della trasformanda, non è riscontrabile alcun contratto tra soggetti diversi. Ad ogni singolo socio spetterà, ai sensi dell'art. 2500-*quater* c.c., un numero di azioni o una quota proporzionale alla sua partecipazione⁵⁴ oppure, ai sensi dell'art. 2500-*sexies*, c. 3, c.c., una partecipazione proporzionale al valore della sua quota o delle sue azioni.

Non sussiste, dunque, alcun margine di applicazione della rescissione per lesione alla trasformazione di società.

5.2. *Segue: fusione*

Diverso è il discorso per quanto riguarda la fusione⁵⁵, istituto per il quale è prevista una diversa e più complessa modalità di esecuzione. Le delibere di approvazione del progetto di fusione effettuate dalle singole società partecipanti alla

⁵² Cfr. FERRUCCI-FERRENTINO, *op. cit.*, p. 1739.

⁵³ Cfr. CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 3058; FERRARA, *op. cit.*, p. 316, *Cass.* 14 dicembre 2006, n. 26826. In senso contrario CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative. Aggiornamento alla 5ª edizione del Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 2003, p. 228, secondo il quale la trasformazione non realizzerebbe una vicenda estintivo-costitutiva, bensì soltanto una modifica dello statuto sociale dell'ente che si trasforma. *Contra* si è osservato che con in nuovo assetto dell'istituto, successivo alla riforma del 2003, possono essere oggetto di trasformazione anche enti privi di un atto costitutivo (si pensi alla comunione d'azienda), per cui tale ricostruzione non sembra essere sufficiente a ricomprendere tutte le possibili fattispecie.

⁵⁴ Cfr. SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Commentario al cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna Roma, 1984, p. 168; GASPERONI, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952, p. 273; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 3067, secondo i quali la disposizione di cui all'art. 2500 *quater* ha carattere suppletivo, essendo salva la fissazione di quote operata convenzionalmente dai soci nello stesso atto di trasformazione, con la precisazione, però, che per derogare al criterio proporzionale occorre il consenso di tutti i soci.

⁵⁵ Cfr. MAGLIULO, *La fusione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Collana diretta da Giancarlo Laurini, II ed., Milano, 2009.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

stessa, infatti, sono seguite da un vero e proprio atto di fusione, che rappresenta la fase attuativa del procedimento.

A tale atto viene riconosciuta la natura di contratto bilaterale o plurilaterale con comunione di scopo tra le società che si fondono⁵⁶ e, pertanto, ad esso si applicano le norme sui contratti⁵⁷.

Si ritiene che siano parti di tale contratto le società stesse partecipanti alla fusione, in persona dei loro legali rappresentanti⁵⁸, e che il contenuto dello stesso sia vincolato al contenuto del progetto di fusione⁵⁹. Uno degli elementi che deve necessariamente essere contenuto nel progetto di fusione e, successivamente, ripetuto nell'atto di fusione, è il rapporto di cambio di cui all'art. 2501-ter c. 1 n. 3 c.c..

Il rapporto di cambio è sicuramente l'aspetto più importante per i soci delle società coinvolte nella fusione, poiché indica agli stessi quante azioni o quote della nuova società otterranno in cambio di quelle della vecchia società.

Alla luce di quanto detto, nell'atto di fusione sembra individuabile una possibile sproporzione tra il valore delle azioni della società partecipante alla fusione e quello delle azioni della nuova società, che saranno attribuite ai soci della prima. Tale sproporzione può derivare dall'utilizzo di un rapporto di cambio eccessivamente svantaggioso, che comporti, dunque, la lesione *ultra dimidium* di cui all'art. 1448 c.c. e, in presenza degli altri presupposti ivi contemplati, far ipotizzare l'applicazione dell'istituto della rescissione per lesione. Anche in tale fattispecie, però, sembra possibile applicare un rimedio specifico predisposto dalla disciplina societaria per il caso di invalidità della fusione e contenuto nell'art. 2504-*quater* c.c.⁶⁰, il quale prima dispone che «eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata» e poi che

⁵⁶ Cfr. DIMUNDO, *Trasformazione, fusione, scissione*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, 2006, p.803; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Torino, 1995, p. 375; GASPERONI, *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1063. *Contra* SANTAGATA, *La fusione fra società*, Napoli, 1964, pp. 361 e ss. e GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2001, p. 439, secondo i quali l'atto di fusione avrebbe carattere meramente esecutivo delle deliberazioni di fusione adottate dalle società partecipanti e, come tale, sarebbe privo di qualsiasi valore dispositivo.

⁵⁷ Cfr. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 806.

⁵⁸ Cfr. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 806, secondo il quale «parti formali dell'atto di fusione sono le società partecipanti all'operazione, mentre parti sostanziali sono i relativi soci».

⁵⁹ Cfr. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 807, anche se gli amministratori incaricati dispongono comunque di un certo ambito di discrezionalità, discrezionalità che può investire la stessa decisione se stipulare o meno l'atto.

⁶⁰ Si sono occupati dell'argomento COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1999, p. 763; CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 646 e ss.

STUDI E OPINIONI

RESCINDIBILITÀ DEL CONTRATTO

in ogni caso «resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione». Il rimedio della rescissione, dunque, essendo di carattere generale, non troverebbe applicazione nell'ipotesi di lesione susseguente alla previsione di un erroneo rapporto di cambio. La fattispecie risulterebbe cristallizzata a seguito della sanatoria rappresentata dall'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede delle società partecipanti alla fusione e, in relazione al rapporto di cambio lesivo, ai soci danneggiati è garantita solo una tutela risarcitoria⁶¹.

5.3. *Segue: scissione*

Anche per quanto riguarda la scissione⁶² è ipotizzabile il verificarsi di una lesione in capo al singolo socio, al quale sia attribuita una partecipazione non proporzionale a quella precedentemente posseduta. Analogamente a quanto avviene in sede di fusione, però, stante il richiamo di cui all'art. 2506-ter, ultimo comma, c.c. all'art. 2504-quater c.c.⁶³, eseguite le iscrizioni dell'atto di scissione, l'invalidità dell'atto di scissione non può essere pronunciata e nei confronti dei soci eventualmente danneggiati dall'operazione è prevista solamente una tutela risarcitoria.

⁶¹ Cfr. DIMUNDO, *op. cit.*, p. 806, secondo il quale «gli esiti pratici cui conduce il dibattito sulla natura giuridica dell'atto di fusione [...] non devono essere sopravvalutati» proprio perché «l'art. 2504 quater detta una disciplina speciale dell'invalidità dell'atto in questione». Prosegue l'autore precisando che è solo «in mancanza di disposizioni particolari, per gli ulteriori profili di deve ricorrere alla disciplina generale dei contratti, in via diretta o per analogia».

⁶² Sul tema dell'irretrattabilità degli effetti della scissione, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Torino, 2004, pp. 365 ss..

⁶³ Cfr. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 654; FERRUCCI-FERRENTINO, *op. cit.*, p. 1917.

RELAZIONI A CONVEGNI

SOCIETÀ' CONTROLLATE E COLLEGATE ALLA LUCE DELLA NUOVA DISCIPLINA INTRODOLTA IN ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 'RECORD DATE'*

Sono oggetto di esame i profili che possono assumere rilevanza nell'ottica dei gruppi alla luce delle innovazioni introdotte dall'attuazione della Direttiva "Record Date".

di ORESTE CAGNASSO

1. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 2007/36/CE, ha, come è noto, la finalità di "potenziare" la posizione degli azionisti, consentendo una maggiore e più consapevole partecipazione all'assemblea dei soci di società quotate nell'ottica di un rafforzamento della cosiddetta democrazia assembleare. Tale finalità è perseguita sia nell'interesse dei "piccoli azionisti", sia soprattutto degli investitori professionali. Pur trattandosi di norme dettate a tutela tendenzialmente degli azionisti di minoranza, è possibile anche una lettura di esse nell'ottica dell'azionista o degli azionisti di controllo e in particolare dei gruppi.

Appare opportuno, pur riferendosi le nuove regole a profili procedurali, tener conto del ruolo assegnato all'assemblea degli azionisti dalla recente riforma societaria. Non c'è dubbio che, secondo le linee di fondo di essa, si siano venuti distinguendo i ruoli dell'assemblea e dell'organo amministrativo e risulti espressa in modo netto la scelta di attribuire in via esclusiva a quest'ultimo il compito di gestire la società.

Tuttavia, come attenta dottrina ha sottolineato in recenti saggi, una ricostruzione complessiva del sistema ed una riconsiderazione analitica della posizione dell'assemblea conducono ad una lettura meno drastica delle regole risultanti dalla riforma: infatti possono essere individuate espresse ipotesi di competenze in senso lato gestorie attribuite all'assemblea (si pensi, ad esempio, alla deliberazione in ordine all'acquisto di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata), nonché ulteriori casi individuabili in via interpretativa. D'altra parte è lo stesso legislatore, nell'elencare le

* Relazione tenuta a Milano il 28 maggio 2010, in occasione del Convegno sul tema "I diritti degli azionisti di società quotate", organizzato da Paradigma.

RELAZIONI A CONVEGNI

DIRETTIVA RECORD DATE

competenze assembleari, a prevedere che possa essere attribuita ad essa la facoltà di autorizzare il compimento, da parte degli amministratori, di determinati atti gestori.

Occorre aggiungere che la diffusione attraverso i *mass-media* delle notizie in ordine ai lavori ed alle deliberazioni delle assemblee delle società per azioni di maggiori dimensioni ha certamente rilanciato il ruolo e l'importanza di esse, un tempo considerate come un istituto destinato al tramonto. In questa prospettiva si colloca sicuramente l'utilizzo dello strumento costituito da internet che consente un'informazione tempestiva e diffusa di notizie e informazioni, nonché la possibilità per soci anche lontani di "interagire" con i lavori assembleari e di esprimere il diritto di voto.

2. Nell'ottica della disciplina dei gruppi un primo importante tassello concerne le regole in tema di bilancio e soprattutto di bilancio consolidato.

2.1. Per quanto riguarda le società quotate l'art. 154 *ter* T.U.F., al suo primo comma (modificato in attuazione della c.d. Direttiva Transparency), nella sua versione previgente, disponeva che, entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio, debba essere approvato il bilancio di esercizio e che debba essere pubblicata la "relazione finanziaria annuale", comprendente il bilancio di esercizio, il bilancio consolidato, ove redatto, la relazione sulla gestione e l'attestazione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari. Inoltre le relazioni di revisione sono pubblicate integralmente insieme alla relazione finanziaria annuale.

2.2. Il recepimento della direttiva 2007/36/CE da parte del legislatore italiano ha comportato la sostituzione del primo comma dell'art. 154 *ter* T.U.F. e l'introduzione di due nuovi commi, il primo *bis* e il primo *ter*.

Alla luce di tale nuova disciplina gli amministratori comunicano al collegio sindacale ed alla società di revisione il progetto di bilancio di esercizio, unitamente alla relazione sulla gestione, almeno quindici giorni prima della sua pubblicazione.

La relazione finanziaria annuale è oggetto di pubblicità (la formula utilizzata dal legislatore è "mettere a disposizione del pubblico"):

- presso la sede sociale,
- sul sito internet,
- e con le altre modalità previste dalla Consob con regolamento, almeno ventuno giorni prima della data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio.

Oltre ai documenti indicati sono messe a disposizione del pubblico la relazione della società di revisione e quella del collegio sindacale.

Rispetto alla disciplina previgente risultano quindi, in primo luogo, modificati i termini della comunicazione e della pubblicazione; ma soprattutto risultano profondamente innovate le modalità della messa a disposizione, non più solo con il

RELAZIONI A CONVEGNI

DIRETTIVA RECORD DATE

deposito dei documenti presso la sede della società, ma come loro inserimento nel sito internet della società stessa.

Ed inoltre il termine di centoventi giorni previsto dall'art. 154-*ter* T.U.F. nella sua versione previgente assume una differente valenza: non indica più l'intervallo tra la fine esercizio e la data dell'approvazione del bilancio, ma quello tra la fine esercizio e la messa a disposizione del pubblico della "relazione finanziaria annuale". Con una conseguenza di rilievo sotto il profilo operativo: il termine per la convocazione dell'assemblea può quindi essere previsto nello statuto entro i centottanta giorni della chiusura dell'esercizio in caso di redazione del bilancio consolidato.

3. Ulteriori profili che possono assumere rilievo nell'ottica dei gruppi concernono l'esercizio del diritto di voto, la possibilità di prevedere l'assemblea in unica convocazione e di integrare l'ordine del giorno e la nuova disciplina della rappresentanza.

La facoltà, introdotta tramite clausola statutaria ed oggetto di regolamentazione da parte della Consob (art. 2370 quarto comma c.c. e 127 T.U.F.), di esercitare il diritto di voto in via elettronica e la eventuale previsione dell'assemblea in un'unica convocazione (art. 2369 primo comma c.c.) possono naturalmente costituire scelte di interesse all'interno dei gruppi. Lo stesso socio di maggioranza potrebbe avvalersi della facoltà di integrare l'ordine del giorno.

Di particolare rilievo la nuova disciplina in tema di rappresentanza dell'assemblea (art. 2372, ultimo comma c.c.), ove si prevede che, per le società con azioni quotate nei mercati regolamentati, non valga il divieto di conferimento della delega di voto a determinati soggetti e con determinati limiti. In particolare cade il divieto di conferire la rappresentanza ai membri degli organi amministrativi o di controllo e ai dipendenti della società, alle società da essa controllate o ai membri degli organi amministrativo o di controllo o ai dipendenti di questi. Come correttivo a tale maggior possibile utilizzo dello strumento della delega vengono in considerazione le regole in tema di conflitto di interessi, in ordine all'obbligo di comunicazione di tale situazione ed alla presenza di specifiche istruzioni di voto (art. 135-*decies* T.U.F.).

4. La previsione di una maggiorazione dei dividendi a favore degli azionisti "fedeli", non trova applicazione nel caso di società che esercitino un'influenza dominante o notevole (art. 127-*quater* T.U.F.).

5. Per le società quotate, è stabilito dall'art. 147 *ter* T.U.F. che lo statuto preveda che i componenti del consiglio di amministrazione siano eletti sulla base di liste di candidati e determini la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione di esse, in misura non superiore a un quarantesimo del capitale sociale o alla diversa misura stabilita dalla Consob. Almeno uno dei componenti del consiglio di

RELAZIONI A CONVEGNI

DIRETTIVA RECORD DATE

amministrazione è espresso dalla lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti.

Oggi la relativa disciplina risulta modificata sotto il profilo delle modalità di nomina, coerentemente con quanto previsto dalla direttiva per la convocazione dell'assemblea.

In primo luogo, nel caso di assemblea convocata per l'elezione dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, il termine per la pubblicazione dell'avviso di convocazione è anticipato al quarantesimo giorno precedente la data dell'assemblea, in luogo del normale termine fissato nel trentesimo giorno.

Le liste debbono essere depositate presso l'emittente e rese pubbliche con le stesse modalità previste per la pubblicità dell'avviso di convocazione e quindi presso la sede sociale, sul sito internet e con le altre modalità previste dalla Consob con regolamento.

Il termine per il deposito delle liste è di venticinque giorni precedenti la data dell'assemblea chiamata a deliberare sulla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione; invece il termine per la messa a disposizione del pubblico è di ventuno giorni prima della data dell'assemblea.

La titolarità della quota minima di partecipazione, necessaria per la legittimazione a presentare la lista, è determinata avendo riguardo alle azioni che risultano registrate a favore del socio nel giorno in cui le liste sono depositate presso l'emittente.

Tuttavia la relativa certificazione può essere prodotta anche successivamente al deposito, purché entro il termine previsto per la pubblicazione delle liste da parte dell'emittente.

La stessa disciplina viene estesa per la nomina dei componenti del collegio sindacale.

6. Occorre aggiungere che, ai sensi dell'art. 2497-ter c.c., le decisioni - ivi comprese quelle assembleari - assunte in esecuzione delle direttive della società che esercita il potere di eterodirezione debbono essere motivate, dandosi atto dell'influenza di quest'ultimo, delle ragioni e degli interessi coinvolti (della capogruppo, delle società eterodirette, del gruppo). Occorre inoltre una specifica indicazione del sacrificio e del corrispondente vantaggio compensativo. La motivazione concerne anche le deliberazioni di tipo "organizzativo" poste in essere in ossequio della "politica del gruppo".

Il regolamento in materia di operazioni con parti correlate, infine, all'art. 11, prevede la disciplina delle operazioni di competenza assembleare, stabilendone i profili procedurali e le regole di trasparenza.

**MODELS IN THE CONTEXT OF
TRANSPORTATION PROJECTS:
COLOMBIA TRANSITIONING
BETWEEN MODELS - AUTOPISTA
RUTA DEL SOL”***
(PARTE II)

The scope of this document is to analyze the legal and financial aspects of the implementation of the public-private partnership model of a developing country that is transitioning towards a more efficient level of performance. This case study of an important transportation infrastructure project focuses on the construction, improvement, operation and maintenance of a strategic toll road in Colombia that has been considerably delayed as a result of multiple variables.

First of all, an overview of the general legal system regulating the sector in the relevant country is provided in order to describe the evolution of the regulation provided for public-private partnerships, at times based on the direct experience of previous projects. This is not only to show the rapidity of the legislative response and the contractual solutions, but also to consider the level of protection with which the private party is afforded in the context of the contractual relationship with the State.

The Colombian legislator identifies three official models of generation of concessions, which have been following one another through the last 17 years. However, in the past three years, the Government has been developing a new model to be applied to the project at hand, as fashioning a “fourth generation of concession”.

Subsequently, a brief analysis of the project Autopista Ruta del Sol (hereinafter, the “Project”) is purported to highlight the main risks involved, their allocation between the parties and the contractual solutions provided in connection therewith.

Finally, the comprehension of such risks, the legal reasons behind their allocation and their financial implications lead to the consideration of the most viable financial structure for the success of the project.

di **FRANCESCA MAZZACURATI**

* Il saggio costituisce una tesi in Project Finance presso la Fordham University. La parte prima dello stesso è stata pubblicata in questa *Rivista*, n. 15/2010.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

1. THE PROJECT “AUTOPISTA RUTA DEL SOL”

2.1 Description of the project

2.1.1 The Colombian Government through INCO and the Ministry of Transportation and with the consulting of the International Finance Corporation of the World Bank (“IFC”) structured a public-private participation project for the development of the Autopista Ruta del Sol . The initiative has been declared of “strategic importance”¹ for the country by CONPES document n. 3572 of 2009, and represents the strong commitment of the Ministry of Transportation and INCO to improve the road infrastructure system in Colombia and promote the economic growth of Colombia². The declaration of the “strategic importance” of the Project is necessary in order to have a future budget allocation for a term longer than the term of the current Government, thus avoiding the actual allocation of the total funds to the year of the execution of the concession agreements.

The Project aimed at connecting the capital with the northern coast by crossing 9 departments³, major urban centers and important agricultural, mining and industrial areas, would ultimately result in a reduction of the transportation timing and costs.

In order to achieve major flexibility of the structure, due to the difficult financial markets as well as to the different geographical and technical features involved, the Project has been divided into three main road sections awarded by means of different concessions. Indeed, in addition to the phase of operation and maintenance, which is

¹ Under articles 10,11 and 12 of Law 819 of 2003 the public contributions to a project which will be allocated in the future budget of the public entity contracting with the private party for a PPP project shall be approved by CONFIS as (i) ordinary budget allocation or (ii) extraordinary. The difference is that when the allocation is ordinary, the entity must have at least 15% of the entire sum already available, while the extraordinary do not need to comply with such requirement. However, the approval of extraordinary budget has a number of limitations, to the extent a Project is declared of “strategic importance” such limitations would not apply.

² La Semana, citing “a study on “Transportation as a support for the development of the country” presented by the Universidad de los Andes in Bogotá whose group of researchers was lead by the former national planning director, Juan Carlos Echeverry. According to the study, today the rate of vehicular motorization (cars and motorcycles per inhabitant) is robustly growing and will continue to do so in upcoming decades. At present, Colombia has less than seven cars and five motorcycles for every 100 inhabitants, which is low compared with countries with similar economic development. A model used by the study’s authors shows that when someone in Colombia earns a million pesos (about \$430 USD) that person has the capacity to buy a motorcycle. At two million pesos (about \$855 USD) they can purchase a car. Such a low threshold to pay for a private vehicle explains why the number of cars will triple in the next 30 years, rising from 3,000,000 to 10,400,000. Meanwhile the number of motorcycles will multiply by 5.5 times from 2,300,000 at present passing almost 13,000,000”.

³ The road will cross 39 municipalities in 9 departments which represent in the aggregate the 23.3% National GDP of Colombia.”

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

common to the three concessions, the first segment involves the construction of a new road “greenfield”, while the other two segments respectively involve both the refurbishment and the expansion of the existing road “brownfields”.

The Project estimates a total investment of 2.6 billion US dollars and contemplates⁴:

➤ The implementation of Sector 1 (as defined in paragraph 1.1.1), which involves the construction of a new road segment of about 78 km to join Villeta- el Korán, 7 km north of Puerto Salgar, in the proximity of the river Magdalena. This new road will (i) reduce the distance between Bogotá and the river Magdalena, which has been one of the main shipping routes of Colombia, (ii) reduce the travel time between Bogotá and Puerto Salgar by approximately one hour, and (iii) avoid the passage over mountain peaks through the construction of three tunnels and providing a better alignment and less steep slopes.

➤ The implementation of Sector 2 (as defined in paragraph 1.1.1), which involves the expansion of the existing road as to include a double corridor and the refurbishment of the existing corridor between Puerto Salgar- San Roque for a total amount of 528 km, starting about 70 km north-east of Bogotá and ending 21 km south of the Santa Marta port, interconnecting with a road already under concession;

➤ Sector 2, counts with existing toll plazas with historical traffic studies and a new plaza to be installed in the segment Aguachica -S.Roque and involves the connection of Bogotá and Medellin (to be noted that this is not a direct connection between the cities, but from the main highway, an exit to Medellin will be provided), the two largest cities in the country, access to important agriculture centers of Puerto Salgar, Puerto Boyacá, Santander and South Cesar as well as the access to the road leading to Venezuela.

➤ The implementation of Sector 3 (as defined in paragraph 1.1.1), which involves the expansion and the improvement of the two existing roads, one between San Roque-Bosconia -Ye de Cienaga and the other between Bosconia Valledupar, as to include a double corridor for a total of 309 Km, as well as the rehabilitation of the existing corridor between Bosconia – Carmen de Bolivar for 156 km;

➤ Sectors 2 and 3 also convey the traffic of big urban and productive centers such as Medellin, Cali, Barranquilla, Cartagena and Bucaramanga and counts on existing toll plazas with historical traffic studies, which show a high traffic level especially for transportation of medium and big trucks.

2.1.2 As mentioned, in 2007 the Government retained the IFC in order to collaborate in the structuring and promotion of the Project, not only with the scope of fashioning a concession model enabling long-term financing in order to optimize the use

⁴ See in detail the Project Presentation published in December 2008 and available in the official web site www.proyectorutadelosol.org.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

of public and private capitals, but also to enhance the competitiveness of the bidding process through the use of consolidated best international practices and transparency procedures, as to achieve the most efficient risk/costs allocation between the public and private sectors.

At the auctioning process⁵ three bidders participated for the Sectors 1 and 2 and resulted in the award of two concessions for the relevant sectors, which were entered into between INCO and the relevant winners in January 2010⁶.

At the same auctioning of Sector 3, likely as a result of the unfavorable economic environment, there was only 1 bidder, which did not comply with the requirements provided by INCO. Therefore, the bidding of Section 3 was declared void and postponed. CONPES document 3643 of February 2010, provides a revision of the structure for Sector 3 as a result of a generalized reduction of the volumes of traffic throughout the country as fixed by INCO⁷. Such document, on one side, restated that the capacity improvement of the road segment Bosconia -Valledupar, will be subject to the condition of availability of funds, and the reach of a determined threshold of the parameter TPDA – transito promedio diario anual (such as average daily transit on annual basis); on the other side amended the initial conditions for the auction of Sector 3 by increasing the amount of the public entity supports and changing the technical offer as well as the financial requirement to be met by the concessionaire. On March 10, 2010 the new publication of the terms of reference for Section 3, sets forth the deadline for the award in June 15, 2010. The relevant allocation risk hearing occurred on March 16, 2010, the results on which have not yet been published.

2.1.3 In general, the public auction process n. SEA-LP-001-2009 initially made for the three Sectors, establishes a very detailed process of presentation, evaluation, refusal and acceptance of the offers by the public entity, and the main guidelines in terms of allocation of risks. In addition, the general requirement to be satisfied (the “General Requirements”) determine the incompatibilities⁸ for the bidders and their

⁵ Opened in October 2009 and awarded December 15, 2009.

⁶ Precisely, Section 1 to Consortium Carlo Sorlate Solarte, Concreto, CSS Constructores and IECSA, and Section 2 to Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A. Constructora Norberto Odebrecht, Inneamientos em Infra, Estudios y Proyectos del Sol and CSS Constructores.

⁷ In accordance with the information provided by INCO and INVIAS, a 12% of reduction in the toll revenues is estimated from November 2009.

⁸ Section 1.13.3 of General Requisite for the bidding offer of the Project “In the event of knowledge or awareness of special case of corruption this must be communicated to the Presidential Program “Fight Against Corruption” through the telephone numbers: (571) 560-1095, (571) 565-7649, (571) 562-4128; or by fax: (571) 565-8671; or to the transparent line: 9800-913040 or (571) 286-4810; e-mail to: WEBMASTER@ANTICORRUPCIÓN.GOV.CO;

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

financial and technical eligibility criteria to be satisfied. As aspects of novelty shall be mentioned the determination of a new parameter under which the economical proposals have to be formulated, the requirements of the stand-by letter of credit and the granting by the sponsors of a guarantee securing the satisfaction by the project company of the technical and financials for which the concession was granted⁹ together with the provision of a all-risks insurance policy

In order to satisfy the financial eligibility, the bidders have to accredit (i) the ability in the last 10 years of having raised financing for infrastructure projects, (ii) a minimum participation of equity is provided, (iii) the availability of specific thresholds of operating cash flow¹⁰.

With respect to the economical requirements of the proposals a difference is made between the Sectors as a result of the different scheme and modalities of remuneration offered to the bidders. In particular¹¹, for Sector 1, because the main scope of construction of a greenfield, where no traffic projections are available, the concession is granted for a short term and no assignment of toll revenues is contemplated, thus the revenues of the concessionaire will be constituted entirely by the contribution of the public entity by means of future budget allocations. Therefore, the awarding criteria has been fixed in the concessionaire's proposal of the best minimum net present value of the

pr to the website of denounce to the program: WWW.ANTICORRUPCIÓN.GOV.CO; through mail or personally at: Carrera 8 No 7-27, Bogotá, D.C.

⁹ This guarantee does not amount to a financial recourse to the sponsors, but is aimed at reassuring that the project company, as subsidiary of the sponsors, has the same requirements of expertise in the construction as the awarded sponsors.

¹⁰ El Tiempo "Ruta del Sol, nuevo modelo para licitar" article comments on the new high criteria that have to be met by the proponents cites the opinion of Richard Cabello, who making a reference to the difficult conditions of the financial markets, mentions the necessity of a very competitive approach to the selection of the bidders and points out the importance of focusing more on the ability of the winners to raise funding.

¹¹ Under Section 8.3 and 8.4 of the General Requirement, the economical offer shall include a total aggregate value reflecting the net present value of the of the revenues deriving from the supports of INCO to the project calculated on December 31, 2008, according to a formula provided therein. It is specified that such amount cannot exceed the maximum amounts committed by the Nation in the form of budget allocation (vigencia futura) in support of the project from year 2010 to 2016. For Sectors 2 and 3, such offer shall consist of a total aggregate value reflecting the net present value of the revenues arising from the support provided by the Nation, plus the collection of the tolls calculated at 31, December 2008 and not exceeding for the pre-operation and for the operating and maintaining phase the value of (a) 2.240.000.000.000 of Colombian Pesos for Sector 2 and (b) 1.670.000.000.000 of Colombian Pesos for Sector 3; nor inferior to the total amount net present value discounted of the support committed by INCO discounted at a rate equal to 0.8984% (as the discount rate fixed by the Ministry of Finance and revised each three months).

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

revenues deriving exclusively from the contributions authorized by the Government in the form of future budget allocation. For Sectors 2 and 3, which constitute brownfields, having traffic studies and projections, the concessions are granted for a longer term and the toll revenues are assigned to the concessionaire as part of its return. For such Sectors the awarding criteria was determined in the the concessionaire's proposal of the best minimum net present value of revenues ("MNPVR") based on the calculation of both tolls, as revenues arising from the traffic projections, and the total amount authorized by the Government to support the Project by means of future budget allocations. However, both Sections 1 and 2 expected revenues were to be discounted at the rate provided by the Ministry of Finance. However, for Sector 2 the contributions of the Government are provided in a fixed amount for the years 2016 to 2025, thus during the operation and maintenance phase, therefore the variable element in the calculation of the award criteria is in practice limited to the first 6 years of concession, pertaining to the expansion and rehabilitation phase, in which the risks and thus the economical supports of the State are higher. While for the operation and maintenance phase the investment and the risks related to the project are lower and more depending from the performance of the private party, the supports are fix and determined in lower amounts. . It is also provided the possibility of determining up to 20% of the MNPVR for Sector 2, and 3, in US Dollars in order to reduce the exchange risk in the event that the financing would be denominated in US Dollars.

2.2 First segment concession agreement

2.2.1 The concession contract for Sector 1 ("Sector 1 Concession") substantially provides a contractual scheme of a concession for public works, even though its main features are analogous to the one described under Section 32 of Law 80, defined as "contrato de obra" or public work construction contract, whose main features are:

➤ The Sector 1 Concession entrusts the concessionaire, at his own risk, to make the design, finance, obtain the necessary amendments to the environmental license and other permits, acquire the land, build, operate and maintain Sector 1. The concessionaire will be entitled to start the works only after the approval of the final designs by the Ministry of Transportation.

➤ The Sector 1 Concession provides for a fixed term of 7 years, divided in two phases as follows: the Pre-operative phase, including the pre-construction phase and the building phase, up to a maximum aggregate term of 4 years, and a phase of operation and maintenance, lasting a minimum term of 3 years. Each phase and sub-phase is described in great detail by providing a stark allocation of the obligations between the parties.

➤ The pre-construction phase, which is estimated in 1 year from the effective date of the concession, put on the concessionaire, inter alia, the realization of

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

the definitive designs, the establishment of the trust¹² which will manage the resources of the project, the funding of an initial contribution, the amendment necessary to the environmental license¹³, the execution of the land acquisition obligations under the terms provided in the schedule “Apendice Predial y Social” to the Sector 1 Concession.

➤ The concessionaire will devolve a percentage of the total estimated investment in a sub-account which will be used only to settle and solve any social implication of the Project.

➤ The construction phase, in addition to the obligation of the concessionaire to build the “greenfield” subject to the term provided in the technical specifications attached to the concession, provides the fulfillment of its environmental and land-social obligations.

➤ With reference to the land acquisition process, the concessionaire is entrusted with the entire process on behalf of INCO by mean of a general power of attorney to purchase the plots of land/ rights of way or request a special process of expropriation, subject to the approval of a disputes board, which is entrusted with the solution of disputes related to the land acquisition. If the expropriation process is not resolved in 1 year’s time, INCO will temporarily exclude such plot from the project and pay the relevant proportion to the corresponding milestone, excluding the portion not constructed. The concessionaire will contribute to the trust’s “land sub-account” the initial “estimated value for acquisition of land” and will fund any increase thereof up to an extra 20%. Bonuses are provided to the benefit of the private party in the event the acquisition of the plots is well managed.

➤ The remuneration of the concessionaire is equal to the contribution of INCO in the form of future budgetary allocation agreed in the bidding, which will be contributed to the “INCO contribution account” and released to the “concessionaire account” upon milestone completions. During the phase of operation and maintenance, the concessionaire will collect the toll revenues in its capacity as operator, 90% of the collections will be deposited to the “INCO contribution account”, while 10% is recognized to the concessionaire to cover the collection expenses. During this phase, INCO will confer the minimum contribution allocated for that year, which will constitute the sole source of revenues of the concessionaire, except for the 10% of the collected tolls which represent a mere coverage of operational costs. Under such mechanism, the toll revenues are not assigned to the concessionaire, who will be paid in the limits of the INCO contribution approved for such year.

¹² The trust will manage the project resources through a complex distribution of the investments between different segregated accounts, each of them having a mandatory waterfall of payments.

¹³ The environmental license was issued by the Ministry of Environment in 1994 and assigned to the concessionaire.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

➤ The concessionaire is required to deposit in the “concessionaire contribution account” its initial total investment in two installments by January, 2011. It is up to the concessionaire to decide whether it will be by way of its own funds (by way of shareholders loan) or by financing, in such case the INCO contribution can be used as guarantee.

➤ The concession provides a very well detailed discipline of the fines applicable to the concessionaire through a specific procedure and a pre-determined quantity, in the event of delay in fulfilling its obligation, also a 60 day period of remedy is granted.

➤ The concessionaire is required to obtain a number of insurance policies in order to cover all the insurable risks, whose occurrence will be entirely borne by him.

➤ With reference to the dispute resolutions, Sector 1 Concession contemplates (i) the creation of a panel of experts under the regulation of the International Chamber of Commerce for “dispute boards”, which will decide over the disputes in accordance with the provision of the concession, (ii) the arbitration clause, under Colombian law, and (iii) the deference to an International Arbitration Panel (which will be recognized only where international elements are present).

2.2.2. With specific reference to the allocation of risks, Clause 13 of Sector 1 Concession provides an acknowledgment by the concessionaire to assume all the risks arising from normal range of risks (so called “alea”) of the contract as evaluated in the total value of the contract.

➤ The concessionaire expressly undertakes the following: (i) risks of construction, maintenance and operation, including any variation of the costs involved; (ii) risks arising from the variation of input prices in the pre-operative phase; (iii) risks linked to the land acquisition process up to a 20% increase; (iv) environmental risks; (v) geological risks related to the construction, except for those relating to the construction of tunnels; (vi) cost of financing, due to any variation of the financial market; (vii) exchange risks and change of law risk; (viii) any insurable risks (ix) risks of evasion of the tolls, or deriving from the change of the position of the toll plaza, when decided by the concessionaire; and (x) risk of occupation of the right of way from any third party.

➤ INCO will assume the risks arising from: (i) the risks related to non-insurable events, the occurrence of events beyond the control of the parties and result in exemption of responsibility¹⁴, but limited to the actual damages caused; (ii) the partial coverage of the geological risk for an aggregate total amount and limited to the construction of the three tunnels; and (iii) the regulatory risks relating to any decision of

¹⁴ It should be underlined that Clause 17.02 provides a more detailed and wide list of the same, in comparison to previous generation of concession: war, invasion, armed conflict, block or embargo, revolution, riot, insurrection, act of terrorism or guerrilla, strike, archeological risks such as finding of treasury, mines etc.

authority, which will impede the collection of tolls, including any loss due to the change of location of the toll plazas when decided by INCO or other public entities. Due to the lack of traffic projections on the “greenfield” and the impossibility for the private party to place in its financial model an estimate of revenues from the road tolls, the public party, not the concessionaire, will ultimately retain the traffic risk. The contract contains provisions that may induce the thinking that the traffic risk is allocated between the parties, but it is thought that this just construes a precedent with the future concessions in mind which, most likely, will be granted after the termination of Sector 1 Concession, in relation to the operation and maintenance of the road, and by which time there will have been at least two years of traffic studies carried out.

➤ The reestablishment of the contractual balance in favor of the affected party is not available for the risks expressly acknowledged and assumed (as described above), in the event it would be affected by unforeseeable events falling beyond the parties’ responsibilities, will be achieved through a specified procedure of request by the affected party and decision by the party which is entrusted with the remediation, which can last up to 200 days from the date of request, by means of (a) payment to the claiming party through available funds, or through future budget allocation to be further approved¹⁵, or (b) modification of the obligations of the claiming party proportionally to the recognized value of the claim

2.3 Second segment concession agreement

2.3.1 The concession for Sector 2 (“Sector 2 Concession”) constitutes a traditional model of PPP granted through a concession for public services, which involves the following main differences from Sector 1 Concession, as follows:

➤ Sector 2 Concession entrusts the concessionaire, at his own risk, to make the design, finance, obtain the environmental license and other permits, acquire the land, rehabilitate, build, improve, operate and maintain Sector 2¹⁶.

➤ A flexible termination estimated in 20 years. Sector 2 Concession will terminate (i) at any time prior to the estimated time, in which the concessionaire will receive the net present value of revenues as set forth as total value in the concessionaire proposal, or (ii) if such threshold is not met, within the estimated termination time, the concession will be terminated at any time, within an extra period of five years, in which the concessionaire receives the said net present value of revenues. In the event that the five extra years having expired and the net present value of revenues is not met, Sector 2 Concession will terminate and the concessionaire will be entitled to compensation by INCO equal to the difference between the net present value of revenues proposed and the net present value of revenues actually received.

¹⁵ In which case the payment will be effected within the 12 months after the relevant allocation in the budget.

¹⁶ The activities underlined are additional to those provided under Sector 1 Concession.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

➤ The Pre-operative phase will not exceed a maximum term of 6 years as aggregate of the pre-construction phase and the building phase. An additional obligation relating to the entering into of an EPC contract is undertaken by the concessionaire during the pre-construction phase. Clause 5 of Sector 2 Concession establishes the minimum requisite of the EPC contractor and, amongst other, the requirement of a guarantee for the benefit of the concessionaire.

➤ Clause 6 of Sector 2 Concession, in the form of a condition subsequent to be fulfilled within 11 months from the date of effective date of the concession, provides that the project has to be funded by the concessionaire through a debt/equity scheme. The finance of the project can be done through a bank lending, which is irrevocable and subject to “standard conditions precedent”, by way of issuance of securities or by private equity funds. The concessionaire’s total initial investment shall be made in three installments, the first due at the establishment of the trust, the second by January 25, 2011 and the third by January 25 of 2012.

➤ The total value of the contract will be equal to the net present value of revenues proposed by the concessionaire in the bidding proposal, which consists of the contributions allocated by INCO, plus the assignment of the toll revenues to the concessionaire up to the agreed net present value of revenues, less the fines to be paid by the concessionaire, if any. The contributions due by INCO are differentiated between (i) those due during the Pre-operation phase, which will be released upon the certification of the independent engineer of milestones completion. The 60% of the total allocations for such phase is associated with the completion of the construction of the second corridor, and 40% with the improvement and rehabilitation of the existing road; and (ii) those due in the operation and maintenance phase, will be released under the yearly allocation approved by INCO¹⁷. With reference to the latter, the public entity initially undertook a total commitment and yet allocated in its budget annually as payment due to the concessionaire during the construction, operation and then maintenance phases of the concession. While the payment obligation is no longer subject to the construction of milestones, the amount of such contribution can be affected in the event that the private party does not meet the benchmark “indicators” provided in the technical appendix (Appendix A). In such case, a formula determined in the same appendix will be applied to recalculate the National contribution. The assignment of the toll revenues is provided for the entire life of the concession, which will terminate upon the reaching of the net present value of revenues is met by the

¹⁷ To be noted that contribution due under (i) represented the variable of the MNPVR as established in the bidding proposal of the concessionaire, while those under (ii) are fixed as provided in the relevant allocation table inserted in the General Requirements and in a table in Clause 13.04 (b) (ii) of Sector 2 Concession. Such table sums the values of INCO contribution due in Colombian pesos and those eventually provided in Dollars.

concessionaire and any difference between the net present value of the revenues estimated and the revenues collected will be retransferred to INCO¹⁸.

➤ A strong step-in provision is provided to the benefit of the lenders, who will be allowed to replace the concessionaire and carry on the performance of Sector 2 Concession, in the event of an event of termination due to breach of the concessionaire of the Concession or of the financial agreement. In addition a step-in is provided also in the EPC contract.

2.3.2 With specific reference to the allocation of risks, Clause 14 of the Sector 2 Concession provides some differences from Sector 1 Concession, as follows:

➤ The concessionaire will assume (i) the full geological risk; (ii) any risk deriving from the underlying EPC contract; (iii) the traffic risk, even though if at the end of the concession maximum time (25 years) if the net present value of revenues is not reached will be compensated by INCO; (iv) the exchange risk is assumed by the concessionaire, but mitigated and partially assumed by the public entity, due to the optional 20% of the INCO contribution denominated in US dollars.

➤ In addition to all the risks contemplated in Sector 1 Concession and except for save for the partial coverage of the geological risk, INCO retains (i) partially the traffic risk, as if the NPVR is not reached at the end of the concession INCO will cover the difference; and (ii) partially the exchange risk.

➤ The reestablishment of the contractual balance in favor of the affected party, will be carried out through (i) the adjustment of the tariffs charged; (ii) the payment to the claiming party with available funds credited in the INCO contribution account, if any, or through budget allocation; (iii) the modification of the obligations of the claiming party proportionally to the recognized value of the claim; (iv) the extension of the time of the concession within the maximum term; and (v) increase the net present value of total revenues¹⁹.

2.4 Autopista Ruta del Sol: a new generation?

2.4.1 In the light of the foregoing analysis, it seems legitimate to question whether the structure of the concessions granted for Sector 1 and 2 of the Project may represent a new model of concession. Despite the fact that official sources²⁰ have not expressly defined a fourth generation of concession, it might be possible to speculate that the presence of elements taken from the three past generations of concessions

¹⁸ In the last year of the concession the control by the supervising agent of the project are due at very short intervals.

¹⁹ Please note that the compensation under number (i), (iv) and (v) are available only under Sector 2 Concession.

²⁰ CONPES Document n. 3571 of March 2009, which authorizes the project Ruta del Sol, as implementation of the previous decision n. 3413 of 2006 in which such project was listed between the strategic and priority projects in aimed at improving the capacity of the Colombian transportation system.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

together with elements of novelty, eventually fashioned a “new model of concession” for Colombian projects²¹.

The main novelties can be identified, first of all, in the process of selection of the concessionaire aimed at increasing the competitiveness of the private participants. Also, the requirements are stronger than usual as instead of focusing only on the experience in construction, they have been shifted to the notion of ability of obtaining financing.

Indeed, the introduction of the net present value revenues as variable for the award of the bidding process²² proposed by IFC and INCO, as alternative to the concept of “expected income”, seems to accord a reduced perception of the credit and commercial risks for the private parties, as taking into account the time value of the investment. However, it is the opinion of the operators of the sector that the main change is recognized in the huge assumption of risks by the private party by means of a number of guarantees granted by the sponsors, which were not present in the previous concession models, and as a result of the very detailed division of the risks contractually assumed. Such assumption of risks and the express acknowledgment by the private party that such risks are subtracted to the area of risks which can impair the contractual balance of the contract, by impeding their characterization as unforeseeable and extraordinary, greatly reduce the area of claims which can be requested as reconstitution of the contractual balance. The new mechanism of allocation of risks is mainly based on the concept that the public party contribution to the project through the assumption of determined risks, which will be covered by the Contingencies Fund and the contribution granted in the form of budget allocation, are sufficient to keep the contractual equation on balance, thus providing a form of pre-determined and limited form of compensation of the public party. In this respect though, the longer process of preparation of the preliminary studies, before the beginning of the bidding process, together with the expert collaboration of the IFC, without doubt gave the private participants a major degree of comfort in the analysis of the risks involved²³.

The improved sustainability of the project and a more stable platform for its development, are reached in accordance with the Resolution 545 of 2008, which defines the instruments for the social management of the infrastructure projects developed by INCO and establishes the criteria for the socio-economic compensation plan.

The provision of additional instruments to secure the execution of the Project in the form of additional guarantees that were not contemplated in the previous concession

²¹ See Project Finance, Project Finance Magazine, Euromoney, April 2009. In such article Mr. Goldschmit at IFC, denominated Sector 2 and 3 Concessions as “dubbed fourth generation”.

²² Such variable was already used in the previous Chilean toll road PPP.

²³ The Government, knowing the importance of proper technical and traffic studies for the project hired experts firms to do so: between others, Steer Davies Gleave, Euroestudios Ingenieros de consulta, Incoplan.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

models, requiring amongst others, the stand-by letter of credit, the completion guarantee, the guarantee of the credentials and standards, the all-risks insurance policy as well as the provision of the dispute board resolution to expedite any litigation matter.

By dividing the Project in three sectors, awarded in three different concessions, a certain level of flexibility in the auctioning and in the implementation of the Project, not only in view of the financial crisis, but also to provide a better distribution and mitigation of the different risks involved, thus limiting the effects of a cross default over the entire Project. For example in Sector 1, as being a greenfield, the public party retains both a partial coverage of the geological risk and the traffic risk; while, in Sector 2, as a long term completion project, the public sector partially secure the traffic risk up to a threshold and the exchange risk.

The flexibility of leaving decisions related to the improvements of determined road segments to a stage in which the traffic analysis will actually show the needs for it, demonstrates a deeper attention to avoid the mistakes committed in the past and arising from projects oversized to the actual demand.

Finally, it must highlighted the significant improvement of the provisions related to the calculation formulae provided in connection with the fines that can be awarded to the concessionaire or the compensation, in case of early termination of the concession, such provisions already constituted a model for further projects²⁴. In any case the above described mechanisms of determination are to be considered as preliminary thus not amounting to a liquidated damages provisions, because a final judicial assessment can be required.

2. MAIN RISK FACTORS AND FINANCIAL IMPLICATIONS

2.1 Socio-economic risks

3.1.1. Land Acquisition. In principle the land acquisition risk should be borne by the public entity, which, in its capacity of owner of the public assets, is granting the private party the possibility to possess, manage and exploit the utilities of such assets. Generally, the acquisition of the land for the project is the result of a preliminary activity carried out by the PA and then conferred to the project as part of the public contribution to the project, therefore not resulting in a major risk affecting the project as the problem may arise only for marginal areas.

CONPES document n. 3107 of 2001, reaffirms the said principle, but provides that the private parties can assume the responsibilities in connection with managing the acquisition process.

In line with CONPES policy, the Concessions for Sectors 1 and 2 (collectively referred to as the “Concessions”) provide such responsibility shared between the public

²⁴ See the brownfield Autopista de las Americas.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

and private parties as a result of the implemented mechanism²⁵, where the main obligation of expediting the land acquisition process is allocated on the private party including in connection with the expropriation process (pursuant to a delegation of powers by the PA to the privates), with a residual responsibility of the public sector in relation to the assumption of the costs relating to the delay in the acquisition of the missing plots by granting the payments of the contribution due over the affected milestone of construction (except for the part not constructed). Similarly the private will assume entirely the funding of the estimated purchase costs up to a 20% increase of the estimated value, including the relevant financing and the managing costs of such process. The repayment of the land acquisition process, financed by the private in the first place, will then occur through the future budget allocation committed by the public entity for the project and spread through the estimated period of allocation of such costs by the Government.

The ownership of the assets do not pass to the private parties, which are entrusted with the impulse, preparation and implementation of the process, but are not ultimately undertaking an obligation of result, in the way that the risk of impediments to the acquisition of the lands, falling outside the private party's best care and effort, are assumed by the private party. Under a purely economic point of view, this mechanism seems to assure that the government keeps off its balance sheet the liabilities associated with the debt and permits its allocation gradually over the time, but at the same time allows the project to benefit of tax incentives and passive interest deduction.

However, it must be considered that the said form of shared responsibilities between public and private in the acquisition of the land for the project is a very peculiar characteristic of Colombia, arising from the politic and economic situation of

²⁵ The “*appendix social y predial*”, part A to the Concessions, provides a detailed explanation of the “Land Management” such as the activities, parameters, procedures and requisites to be carried out in connection with the process of acquisition of the land of the Project. The concessionaire, is required to present (i) within 5 months from the date of effectiveness of the Concessions, an inventory of the plots of lands required for the development of the Project. Therefore assuming all the relevant responsibility and risk for the incorrect identification of such areas; (ii) prepare an investigation over the titles of the land of the last 20 years; (iii) promote, prepare and implement the process of acquisition of such land or require the public entity to start a process of expropriation, (iv) hire and bear the costs of an estimation of the value of the land prepared by an expert; (v) secure the funds for the development of the Basic Social Plan for at least 0.5% of the total investment in the Project, (vi) indemnify the public entity for any claim or action of third party in connection with the management of the land. On the other side, INCO will collaborate to the expropriation procedures and, in the event that such procedures are not terminated within a year, will redefine the milestone plan by temporarily excluding the land plot missing, as well paying the corresponding contribution to the concessionaire.

the country, which created urgent needs for the approval of new projects, pressuring the public entities to begin the relevant bidding process before the full assessment and preparation was carried out²⁶.

Such experiences offered by the first and second generation of concessions of the inefficiency and lack of expertise of the public party, put the parties in the position of agreeing to the shared responsibility model consecrated in the third generation of concession and improved in the Concessions.

3.1.2 Communities' risks. The "*appendix social y predial*", part B to the Concessions sets forth the social policy established by INCO through the Resolution 545 of 2008 in the context of road infrastructure projects. In such schedule, the main instruments for the implementation of the policy are identified in the preparation of (i) a "socio economic compensation plan", which sets forth a list of factors to be taken into account in the development of transport projects in order to mitigate their socio-economic impacts, and (ii) a "social management plan", which is incorporated in the environmental management plan as part of the environmental license, through which the developer of the project assumes actual obligations of prevention, mitigation and compensation of the impact of the project in the area involved.

Such "socio economic plan" has to be developed and implemented by the concessionaire, prior to preparation of a census of the population who will be affected by the project, to be presented within 30 days from the effective date of the concession to INCO for its approval.

In accordance with the INCO guidelines, the concessionaire will then develop the plan through all sorts of supports to the population affected. The implementation will include a massive plan of information over the benefits correlated with the infrastructure project and the possibility of the individuals, through their right of petition to the PA, to have access and participate to the process of formation of the strategies of mitigation and compensation.

Indeed, it is indubitable that, in the context of feasibility studies, accounting the possible public opposition to a public infrastructure project²⁷ is pivotal also to estimate the ability of the project to repay the investments. As empathized in several articles on project financing in developing countries, especially in the context of "basic infrastructure services", the projects have to gain "broad acceptance for a corporate role in public services" in order to be successful²⁸. In fact, such factors can significantly

²⁶ The origin of such situation are identified by Eduardo Fonseca Parada, El contrato de conceion de servicios y de infraestructure, Revista de Derecho Publico n. 17, 36, May 2004, in the Gaviria's government.

²⁷ Scott L. Hoffman, The Law and Business of International Project Finance 161 (2ed. 2001).

²⁸ Lisa Lamkin Broome, Framing the Inquiry: the social impact of project finance, Duke Journal of Comparative and International law, Spring 2002, 4.

affect the completion of the construction phase of the project, as a result of the delay in the acquisition of the land, but also the operation phase, by means of the opposition to the payment of tolls or their elusion.

As mentioned above, this was exactly what happened in the concessions of the first generation, whereby the rebellion of the daily users of the road where the new toll plazas were installed, forced the authorities to negotiate lower prices or different adjustment of the tariffs. This situation caused a disproportion in the economical contractual balance and gave rise to significant compensation by the State in connection with the concessionaires' loss of revenues²⁹.

Therefore, the importance of the envisaged socio-economic procedures and the establishment of a reserve to be used for such scope, is to be recognized not only for permitting a better estimation of the social costs involved, but also for seeking a higher grade of consent of the population.

2.2 Construction risks: the “Greenfields” v. “Brownfields”

3.2.1 Technical/logistic risks. As described above, Sector 1 Concession involves the construction of a brand new road and three tunnels, while Sector 2 Concession is granted for the expansion of the capacity of an existing road. As a consequence of the said difference, the construction phase of each Sector involves risks to a different degree³⁰.

Under the Concessions, during the pre-construction phase the private party is entrusted with the developing of the final design and technical studies, in accordance to certain major specifications provided by INCO in the technical appendix to the Concession, and, in both cases, the beginning of the construction phase is subject to its approval³¹. On such basis, and in accordance with the guidelines of CONPES document 3133 of 2001, the concessionaire assumes all the risks arising from the impossibility or delay to develop the project in accordance with the definitive alignment and design studies, the costs of higher quantities of works and the variation of the prices of materials, labor and services. However, for Sector 1 an additional partial coverage is provided by the public entity in connection with the geological risks deriving from the

²⁹ Eduardo Fonseca Parada, Id. 36.

³⁰ Jeffrey Delmon, Id. 23, January 2010. The author proposes the basic differences between a Build and a Refurbishing project, identifying the major involvement of the project company in the pre-construction phase, where new assets are built, generally characterized by significant investments, little information on the site and more flexibility on the techniques of construction.

³¹ Due to the allocation of the design risk to the private party, INCO does not approve, unless the designs are in compliance with the technical appendix (Appendix A).

construction of the tunnels, in the event the costs overrun would exceed 10% of the aggregate estimated costs³², which are covered by the Contingency Fund.

In accordance with the Colombian doctrine and jurisprudence, the public party can exempt its responsibility only in the event that all the information necessary for the correct preparation of the final designs has been made available to the concessionaire and this latter has developed the final designs himself. On the contrary, the public party will not be able to exempt its responsibility, when the information provided are not completed or deep enough to allow the concessionaire to have foreseen all the possible risks involved³³.

Due to the difficulty of a greenfield project to be realized from scrap in an impervious territory such as the Colombian Andes, the said provision of Sector 1 Concession, is clearly designed to increase the responsibility of the private up to 10% in excess of the estimated costs, which otherwise, as a result of the theory exposed above, would be allocated to the public party.

Also, it must be noted that only under Sector 2 Concession, the EPC contract must be entered into by the concessionaire as condition subsequent to the Concession. It can be surprising that such condition precedent is not required in Sector 1 Concession, on the basis that it involves much more extensive risks of construction. However, higher credentials of the concessionaire in the construction field are provided under Sector 1 Concession.

The provision of Sector 2 Concession providing the step-in rights for the lenders in the Concession and in the EPC contract is also a very strong mitigation of the impact that the construction risk may have on the repayment of the underlying debt.

With reference to the delay of the concessionaire in fulfilling its construction obligations, both Concessions seem to offer a good level of comfort to the parties, by means of the provisions regulating in detail the determination of events, modalities and quantity of the fines and penalties, which can be awarded to the concessionaire.

2.3 Commercial risks

3.3.1 In principle the risk of traffic, as source of revenues is allocated to the concessionaire, but in practice, in accordance with the combined provisions of the contract, such risk has not been completely transferred to it. In the way that in Sector 1

³² See in detail “Risk Hearing Presentation” 12, April 1, 2009, whereby the estimated price for all the work units in the construction of the three tunnels is summarized.

³³ Susana Montes, *Concesiones Viales. La inadecuada Distribucion de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos*, Revista de Derecho Publico n. 11, 103, Universidad de Los Andes, June 2000. In such article Susana Montes stretches this theory to the point that any exemption of responsibility of the State, in the event that the PA will not be able to provide enough information on which to develop the final studies, will be deemed as not enforceable.

the revenues of the Project are supported by the public party, while in Sector 2 the traffic risk amounts to a cash flow risks.

More in general, the commercial risk in toll roads projects is entirely identified in the so called “traffic risks”, as the tolls are the main revenues of the project. It has been stated by the CONPES document 3107 of 2001 that the commercial risk in transportation infrastructure projects is essentially determined by (i) low demand, or (ii) evasion/elusion of tolls. While the latter must be entirely allocated on the private party, as depending from the commercial management of the project, the risk arising from a decrease of the demand is affected by so many factors that it is very difficult to allocate.

In Section 1 Concession, the traffic risk is not assigned to the concessionaire, the delivery of the service is ultimately to a big offtaker, the State, and the main source of revenues is in reality a “fee” (as the fix payment undertaken by the public entity through the INCO contributions)³⁴.

As opposed to Sector 2 Concession, in which the toll revenues are assigned to the concessionaire up to the threshold of the net present value of revenues, the risks may derive from (i) too optimistic a projection of traffic, (ii) the alternative ways of transportation which will permit the elusion of the toll plazas, (iii) new technologies of transport, or (iv) regulations affecting tariffs collection or rates.

In Sector 2 Concession though, a complex structure has been put in place in order to mitigate said risk, which in principle is allocated on the concessionaire in all its mentioned aspects. First of all, a floor payment of revenues is provided by means of INCO future budget allocations for the lifespan of the concession upon the satisfaction of the benchmarks agreed in the technical appendix . Secondly, the concession will expire only when the net present value of revenues has been met by the concessionaire; thirdly, if such threshold has not been met within 25 years, the public entity will pay the difference. The net present value of revenues as a parameter to set the retribution of the private party, seems to be well conceived as calculated on the basis of the average volume of traffic multiplied by the applicable tariffs at constant local currency and then discounted by a rate, thus giving the projections of time/value of the investment.

In the early generations of concessions, the public entity was insuring the receipt of the expected value of revenues by the private investor, through a guarantee obligation executable each time such “estimate revenues” was not reached by the investor. This provision created enormous contingent liabilities for the State also as a result of the mentioned liquidity problem of such guarantees. Conversely in Sector 2 Concession, the payment of the INCO contributions in the form of future budget allocation is a direct commitment of the public entity. It is expressly provided an acknowledgment by the parties that such contributions are deemed as adequate to constitute the economical

³⁴ This type of compensation is allowed by the provision of Law 80 also in the context of a concession contract.

balance of the contract at all times. Such acknowledgment ultimately results in the exposure of the private party to the fluctuation of the demand, for the portion not covered by the INCO contributions thus resulting in a shortage of cash flow. Such risk, however, is mitigated by the fact that if at the end of the concession the concessionaire has not obtained the net present value of the revenues, expected, the public party is called to compensate the private party of the difference between such latter value and the revenues effectively received. Such scheme as resulting in a temporary and limited exposure of the private party to such commercial risk is more appealing for long term financing. Such scheme offering the security of the estimated return to the concessionaire, even though at the end of the concession, seems to allow a good degree of financiability of the project to the extent the contributions provided by INCO throughout the time are sufficient to cover the debt service of the Project.

3.3.2 It can be of interest to note that in the international transportation infrastructure experience, various methodologies have been used in order to mitigate the traffic risk, as essential variable for the repayment of projects of such kind. For example, the use of the so called “shadow tolls” in United Kingdom. CONPES in its document 3045 of 1999 assimilates the contributions allocated in the budget of the public entity to the UK shadow tolling. However, such analogy seems possible considering that the shadow tolls are the result of an equation based, in part, on the number of vehicles using the road. On the other side, though, the scope of the shadow tolling is aimed at eliminating the direct payment of tolls, thus cutting the collecting costs.

Recently, the concept of private-funded road project seems viable even in the United States; In March 2009 The Florida Department of Transportation (FDOT) granted a 35-year concession for the design, build, finance and maintenance of the I-505 corridor roadway in Broward County, Florida. Such transaction represents the first, and more likely not the last³⁵, PPP in the US experience in which the “principal source of revenues consists of monthly payments from the FDOT based on payment availability rather than revenues generated from toll collections”³⁶. The project was financed through a senior secured debt provided by banks and a subordinated secured debt provided by the United States Department of Transportation. In such case though, the State is retaining the entire traffic risk as well as a partial coverage of the regulatory compliance risk, for which a relief is provided in case of delay in the granting of certain permits³⁷, therefore the actual risk is only linked to the failure of the concessionaire to meet the agreed performance criteria.

³⁵ In December 2009, The North Tarrant Express in Texas was also closed in the form of PPP. See Global Infrastructure Finance Review, 2009, Transport Sector deals.

³⁶ See Forward Thinking, Project Finance North America Infrastructure Report 2009, 23.

³⁷ Id. 25.

Finally, it seems possible to argue that banks, as a lesson learned on many toll road projects that are in deficit due to the bad estimation of the traffic risks, are more oriented to assume the so called appropriation risk or the risk of nonpayment by the government, rather than the risks of default connected with the significant loss of revenues. Taking into account such attitude, it must be considered that in both Sectors 1 and 2, where the traffic risk factor is mitigated through the mechanism described above, it becomes vital for a correct assessment of the “bankability” of the project to consider whether such budget allocations constitute a secure and enforceable payment obligation by the public sector.

3.3.3 The future budget allocation (*vigencia futura*). In accordance with Section 71 of Decree 111 of 1996, any contractual obligation undertaken by the State shall be accounted in the relevant fiscal year and if the obligation would exceed the current fiscal year, such commitment for the future allocation in the National budget shall be also authorized by Superior Counsel for the Fiscal Policy of Colombia (called “CONFIS” for its Spanish denomination)³⁸, as permitting the public entity to “segregate” such funds from the funds that will be made available to it in the future, the sums necessary to cover the contractual obligation undertaken.

The future budget allocations approved by CONFIS and included by Congress in the general yearly budget of the Nation for the relevant year, can exceed the time of the government that actually approved them to the extent the project had been declared of “strategic importance by CONPES. Such budgetary future allocation amounts to a strong commitment by the State which has the obligation to include the relevant amounts in the general yearly budget proposal to be included in the General National Budget for the relevant year. The national authorities in charge of the accounting procedures are the direct responsible for the said obligation of inclusion in the General National Budget and in the budget of the relevant public entity of the amount of the future budget allocation in each fiscal year. The breach of such obligation will first of all comport disciplinary, financial and penal sanctions.

Even though such provisions are of strong deterrence for the people in charge of the budgetary accounts to not breach the obligations of inclusion, the risk of not inclusion of the actual obligation in the budget for relevant fiscal year or of nonpayment by the Nation are not completely defeated. In order to mitigate such risk, the trust created for the management of the Project, has the obligation to check within a certain date whether such allocation have been duly made by the public entity, also generally in the financing of similar structured project, the non inclusion of the budget allocation results in a early redemption of the securities³⁹ that, in the event of a bank loan, it will

³⁸ *Consejo Superior de la Política Fiscal.*

³⁹ See *Programa de Emisión y Colocación de Títulos emitidos por el Patrimonio Autónomo Transmilenio Fase III*, 171, June 2009.

convert in an acceleration of the debt. Furthermore, also the event of delay in the public payments, which can derive from a number of different circumstances, but mainly from the lack of funds to be released by the Government to the public entity in which budget such allocation have to be made, cannot be excluded as risk in the repayment of the debt. Here a couple of factors have to be taken into account: primarily that the delay or nonpayment of the public debt will result in a strong reputational problem for the Nation as well as in a downgrade of the country, but also that the Government normally is a trustworthy debtor as having access to several forms of financing. In any case of nonpayment by the State of the amount approved as public contribution to the project by means of *vigencia futura*, the private party has the right to demand the State to the judicial authorities either provided by the concession or before the ordinary administrative courts. Such lack of payment will be considered as a breach of the contractual obligations by the State.

In this respect, it must be taken into account that the enforceability of arbitral decisions is granted by the adherence of Colombia to the New York Convention, while the recognition of foreign decision in Colombia is granted by the Hague Convention. Also the public entities or any of their assets are not entitled to any immunity on the grounds of sovereignty or any other grounds in respect to the jurisdiction of any court or any action, suit, proceeding or attachment, or the service of process, except for the limitations set out in Article 684 of the Civil Procedure Code of Colombia.

In order to contractually mitigate the risk of any delay in payments due by the Nation, the financing conditions generally provide that the repayment of the debt service is postponed to the year after the actual budget allocation has to be made⁴⁰.

On another perspective, it is important to remember that future allocations are very different from the allocations provided in the Contingencies Fund, not only because the latter are not made in full but just for a percentage of the estimated amount, but mainly because while these are contingent obligation, subjected to the realization of a determined condition, the future budget allocation are direct and actual commitment of the State. Conclusively on the point is the Article 395 of the Colombian Constitution of 1991, pursuant to which the contractual obligations of the State cannot be diminished or eliminated in the National budget.

2.4 Change in Law Risks

3.4.1 Changes in legislation can significantly affect the success of the project at various levels, primarily for the repayment of the underlying debt, but also in terms of “nationalization” of the infrastructure project.

⁴⁰ *Programa de Emision y Colocacion de Titulos emitidos por el Patrimonio Autonomo Transmilenio Fase III*, 175.

In the Concessions the allocation of such risk has been differentiated between general changes in law that may affect the concessionaire or the concessions, such as any tax, environmental, governmental authority permits, and regulatory measures directly affecting the collection or the adjustment of the tolls. While the first have been fully allocated to the concessionaire, in line with the provision of CONPES documents 3107 and 3133 of 2001, those related to any impossibility in the collection or adjustment pursuant to an order of the relevant authorities.

With reference to the risk relating to tariffs' regulation, again a difference has to be done between Sector 2 Concession and Sector 1 Concession, for which in practice such provision does not have any impact in practice as, first of all, the relevant tariffs have not been fixed yet by the Ministry of Transportation, and the revenue streams of the tolls are not assigned to the concessionaire. With reference to the latter contract, whereby the tolls revenues are assigned and constitute an equity upside for the concessionaire, indeed the tariffs have been fixed by the authority and the relevant adjustments are provided, it must be considered though that under CONPES 3107 of 2001 contingent liabilities arisen in connection with such modification seem not to be covered by the Contingent Fund, except for the decision of changing the location of toll plazas, when requested by the public party. Therefore, the concessionaire will have to claim the disproportion of the contractual balance under Clause 14.04⁴¹, and be compensated through one of such alternatives.

3.4.2 Furthermore, it might be worthwhile to consider the major implications that a significant change in the legislation regulating the project could lead to a "gradual erosion of investors' rights and privileges" as to amount to an indirect form of expropriation, by the experts of the field denominated "appropriation risk"⁴².

First of all, it should be pointed out that the concessionaire, in order to protect the investment against such kind of risks, can enter into a "legal stability contract"⁴³. By entering into such a contract the private investors can, in exchange of a compensation variable between 0.5% and 1% of the total investment, agree with the public authority in charge of the concession, the stability of the legal framework in relation to a determined project for a period of minimum 3 years up to 20 years.

However, it seems possible to recognize a residual protection for the concessionaire also in the provisions granting the right of claim the reconstitution of the

⁴¹ See paragraph 2.3.2, where the content of Clause 14.04 is described.

⁴² Louis T. Wells and Eric S. Gleason, *Is Foreign Infrastructure Investment Still risky?*, Harvard Business review, 13, September 1995.

⁴³ Legal stability contracts are available under law 963 of 2005, as implemented by Decree 2950 of 2005.

contractual balance, when such changes in the legislation affected the economical equation of the contract over a normal and foreseeable degree⁴⁴.

2.5 Exchange risks

3.5.1 First of all, it should be reminded that such risk has been fully allocated on the private party under Sector 1 Concession, whereby no financing is required as condition subsequent to the concession, even though the availability of the resources to implement the project is an obligation of the private party. This is in line with the Colombian jurisprudence on the matter, which declared that “the exchange risk shall be borne by the private party, except when expressly assumed by the public entity”⁴⁵. Also it can be likely explained by the fact that being a short term concession, such risk was perceived as low impact for the private party. However, the high volatility of the currency⁴⁶ should be taken into account that all the economic figures of the projects are denominated in Colombian pesos as of December 2008.

Conversely, in Sector 2 Concession, the risk is partially mitigated by the provision allowing the optional coverage in USD offered by the General Requirements in connection with 20% of Section 2 and 3 of the total INCO contributions⁴⁷. This provision is clearly aimed at facilitating the access to a long term financing even at international level for the sectors.

2.6 Unforeseeable Risks

3.6.1 Law 80 dictates the principle of “contractual equation”, which establishes an obligation of reconstituting the economic equation agreed between the parties, to the extent such “balance” is broken by the occurrence of extraordinary and unforeseeable events that the affected party, under its professional or institutional experience, as the case may be, could have not foreseen and evaluate at the moment of entering into the contract. This concept leads to the definition of extraordinary and not foreseeable events that can affect the balance of the contract affecting one of the parties⁴⁸. Doctrine has coined the theory of “*fait du prince*” or “*hecho del principe*”, as

⁴⁴ Susana Montes, Id. 104. Also see the theory of “*el hecho del principe*” described under paragraph 3.6.1

⁴⁵ Arbitral award between IMPREGILO S.p.A. y ESTRUCO S.A., y Empresa Acueducto y Alcantarillado de Bogota’, in connection with the contract for public works N. 502 AB – IV, having as object the construction of the tunnel of Los Rosales in Bogota’.

⁴⁶ Unofficial projections on exchange rate are: 2010: COP \$ 2011, 2011: COP\$ 2079 and 2012: COP\$ 2122.

⁴⁷ As provided under Section 14 of Decree 423 of 2001.

⁴⁸ The doctrine has interpreted the establishment of such obligation by the State as a result of the position of subjection that the private party has in contracting with the PA, as an example the provisions which allows unilateral decisions.

any act or measure adopted by the State impairing the fulfillment of the contract by the subjected party. The restrictive theory recognizes sovereigns' act, capable to breach the balance of the contract, only in those carried out by the public entity which is part to the contract, the act of any other public entity will not fall into such definition, but in the sphere of the unforeseeable events. Long debate and interesting decisions have been provided by the Colombian jurisprudence in granting the private parties the recognition of the compensation of the disproportion of the contract⁴⁹.

As already mentioned, such situation can also arise when the possibility of foreseeing the event is caused by insufficient information provided by the PA as to not enabling the private party to evaluate the risks involved in the process of proposing a certain economical condition as consideration of the work and services offered (i.e. the "expected revenue" and "internal rate of return", in the first and second generation of concession). The jurisprudence stretched the said theory to cover the commercial risks of the concessionaire.

In line with CONPES document 3107 of 1999, Sector 1 and 2 Concessions the provide a mechanism for which the public entity is fully exempted from any compensation obligations regarding the reestablishment of the contractual equation when the disproportion arises from a risk either contractually accepted by the concessionaire or by the public entity up to a determined portion (such risks we said are covered by the Contingencies Fund, when assumed by PA) , or partially mitigated by the public contributions. In such case it is acknowledged that the contribution of the State impede the breach of the economical balance of the contract.

3.6.2 The Force Majeure events, which by definition do not comport a responsibility for the party, have to carry on the execution of the contract despite the impossibility to fulfill its obligation the affected party.

As described in the Concessions, the event resulting in the exemption of liability are the determined act provided in the "force majeure events", the cost of which are allocated on the public party, within the limits of the actual damages. Consistent jurisprudence has considered as not enforceable such limitation of liability and has awarded the indemnifications of the loss of profits. CONPES document 3107 of 1999, delineates a clear distinction between the insurable events of force majeure, which were provided in the contract will be covered by the party, who, on the other side has an obligation of insuring the risks. Those risks, which are not insurable, will be borne by the public entity.

2.7 Financing of the Project

3.7.1 As mentioned in chapter 2, the financial closing for Sectors 1 and 2 is due to happen by January 2011, therefore no information has been released on the

⁴⁹ Luis Guillermo Davila Vinueza, Ecuacion Financera y economica del contrato, 498.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

envisaged financial structure that will be put in place for each of the Concessions, taking into account the differences between Sector 1 and 2⁵⁰.

Preliminarily, it must be taken into account that both IFC and CAF, in order to give the market a clear sign of trustworthiness, have issued a letter of intent to support the financing of the Project, however the amounts indicated in such letters are to be considered as in-principle commitment and do not derive from an actual financial undertaking of such multilateral agencies.

As a consequence of the foregoing, the analysis of the financial implications of the Project can be carried out at a mere theoretical level, in order to propose a possible hypothesis on the basis of the strengths and weakness arising from the contractual scheme, as well as from the financial environment in which such funding has to be raised.

On January 15, 2010, after the entering into of the Concession, Dow Jones reported that for Sector 1 the group awarded will spend 1.3 trillion of Colombian Pesos and will receive in annual installments by the Government 1.52 trillion Colombian Pesos over seven years. The business coordinator of the group declared that such construction will be financed with bank loans. For Sector 2, the leader of the consortium said that “a little less than \$1 billion” will be spent and “about COP2.09 trillion from the Government, of which about 40% will come from tolls”. Also for Sector 2, a bridge loan stage was envisaged for the pre-operation phase, which would then be refinanced by bonds or syndicated loans⁵¹. Even though such news must be treated as “rumors”, as long as the actual financing is not in place, they picture the most probable scheme for the financing of the Project in connection with the two different Concessions.

3.7.2 Sector 1 Concession’s simple structure, indeed, is perfect for a medium-term senior loan to be disbursed in two tranches, which will involve a repayment schedule mirroring the two different phases, such as (i) a 3-4 year of pre-operation phase in which the greenfield construction will be terminated, during this phase the revenues of the concessionaire will be due upon completion of milestones of work, and (ii) the short operation phase will allow three yearly payments.

As analyzed above, the only relevant risks in connection with the financing of Sector 1 Concession are the “construction completion risk” and the portion of possible overrun costs.

⁵⁰ As analyzed above, amongst other differences, Sector 2 Concession provides an equity/debt scheme financing is required as condition subsequent of the Concession by January 2011, with the relevant main conditions set forth therein, Sector 1 Concession does not specifically require the obligation of financing, but only to make available the private contribution amount by January 2011.

⁵¹ Inti Landauro, Colombia Govt Grants Rights To build Road To Caribbean Coast, Dow Jones Newswires, January 2010. The article also identified the main financing source of the project in GRUPO AVAL, which controls CORFICOLOMBIA, which is the partner of Odebrecht SA.

3.7.3 As regards Sector 2, it might be useful the comparison of the financial structure of a similar (but not identical) project with the provision of the Concession, as to create a real and practical basis for this inquiry. The model for comparison adopted is the concession granted to a private consortium in connection with the construction and operation of the public bus transport system in Bogotá, the so called Transmilenio. Such project involved the securitization of the public contribution at three different stages; it seems more appropriate to focus on the second emission of securities carried out in 2006 and regulated as described in the relevant prospectus (the “Prospectus”).

The Prospectus concerns the securitization of the claims arising from the public contributions to be paid to the private concessionaire, in connection with the construction of public works. Law 150, modifying Law 80, permitted the establishment of segregated funds to which the revenues of public projects (the public contributions, the public assets or the revenues arising from the operation of the projects), can be conferred in order to allow the privates to finance the project by means of securitization of such revenue streams, but keeping the contractual liabilities.

The first consideration that seems relevant for this comparison is that the issuance is based on the assignment of the “economic rights” arising from the underlying concession⁵², which are constituted solely by the public contributions approved by the public entity in the form of future budget allocations⁵³. As noted above, Sector 2 Concession provides a mixed scheme of revenues for the concessionaire, arising from both (i) public contribution in the form of future budget allocation, and (ii) the assignment of the existing and yet to be built tolls. On one hand, this might be perceived as potential strength in connection with the financing appetite, but, on the other hand, it means that the traffic risk is transferred to the concessionaire on a temporary basis, thus potentially affecting the repayment of the debt. However, assuming that the portion of INCO contributions, which constitute approximately the 60% of the revenues, is sufficient to cover the debt service, while the assignment of toll revenues is provided as an upside of equity for the sponsors, it seem possible to envisage a similar form of refinancing, by means of the securitization of the claims arising from the public contributions, allowing a cut of the financing costs and a reduced exposure to the commercial risk.

Moreover, a form of comfort for the investors should be given by the partial coverage of exchange risk, as optional denomination in US dollars of a percentage of Sectors 2 and 3 public contributions, aimed at hedging the fluctuation of the local currency in the event of international investors; as well as the assumption of the regulatory risk in connection with the tariffs’ collection.

⁵² Concession Contract n. 146 of 2003.

⁵³ See Prospecto de Colocacion, Titularizacion Fidecomiso Patrimonio Autonomo Alianza Suba Tramo II, February 2006, 53 (Distribucion de riesgos del proyecto).

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

Despite the general positive outcome on the structure of the project and its adaptation to the market realities, critical views have been expressed by the banking sector and demonstrated by the lack of interest from the international banks in the financing of the project.

It has been critically noted that the real total cost of the concession for the parties is unknown, as a consequence of its characteristics of flexibility, both in the termination of the concession and in the final determination of the amount of work to be completed (see the provision of Sector 3 which conditions the rehabilitation of a huge part of the road segment to determined traffic thresholds).

This is a risk that can also be found in the previous generation of concession, where a number of risk variables were not deeply assessed by the State that, for this reason, had to compensate the private party by amending the terms of the concessions or committing extra resources. While under the new model of Sector 1 and 2 Concessions, as explained above, the liability of the public party seems very much restricted.

The Inter-American Development Bank, through its principal transport economist, considered the Project as “become overly complex”, due to the long time of preparation and delay as well as for the attitude of the Government to add too many segments of roads connecting small municipalities to the main highway. It was critically said that “In the current financial situation, you won’t find private investors willing to invest this amount in Colombia, the Government needs to reassess its strategy or analyze whether they can do this through public financing”⁵⁴.

3.7.4 In light of the above, it seems that the main financing risk for the Project is to be found in the condition of the current financial markets and, more precisely in the perception of the market of the risks related to the sector of project financing in developing countries infrastructures. On this subject, despite the positive reports on the stability of the Latin American region in the worldwide crisis⁵⁵, the growth of the Colombian economy, at least up to 2008, and the 1st position recognized by the World

54 Mr. Rodolfo Hici, principal transport economist at the Inter-American Development Bank, as reported in Project Finance, Project Finance Magazine, Euromoney, April 2009.

55 Investment commitments remain stable in Latin America while the number of new projects declines, Private Participation in Infrastructure Database, December 2009 “Private activity in infrastructure in Latin America and the Caribbean showed mixed results in 2008, according to just-released data from the Private Participation in Infrastructure Project Database. Annual investment commitments to infrastructure projects with private participation remained stable thanks to additional investment in existing telecommunications operators and new transport projects implemented in the first half of the year. Investment in new projects slowed in the second half of the year with the full onset of the financial crisis. This slowdown led to a decline in the number of projects for the entire year. The region accounted for 26% of the year’s total investment commitments in developing countries, the second largest share among developing regions”.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL PROJECT FINANCE

Economic Forum in the “development and quality of the PPP regulatory framework”⁵⁶, it must be recognized that the road infrastructure concession system has not shown successful results so far, as described in detail in the first chapter.

Therefore, the possibility of seeking adequate financing for the Project seems to be restricted to the local banking system, which has been described as “well capitalized” and “interested in infrastructure credits” and shows a perception to the risks involved undoubtedly different from international banks. Increased chances can be offered by the local financial market which recently has encountered a good level of liquidity, also due to the recent allowance of pension funds to invest in private equity funds up to 5%. However, in this respect two considerations have to be made; first of all, in consideration of the low risk profile of such typology of institutional investors, the concession shall give a high level of comfort, secondly, the market’s appetite for such kind of investments can be significantly reduced in connection with its exposure to the sector of infrastructure, as a whole, as well as to the same Project.

CONCLUSIONS

In light of the foregoing analysis, it might now be possible to assess whether the main elements for successful project financing are present in the structure of the PPP model provided for the Project and to what degree.

It must be recalled that the various changes to such model occurred from the original project for such toll road (originating almost ten years ago) until the award of the Concessions, are the result of the above described complex process of research for the adequate structure, engaged by the Colombian legislators and, lately, the expert consultants involved.

The developing of the legal, political and economic systems experienced by the Country in the last decade, together with the efforts of the legal and financial experts involved, created a good framework in which the Project was envisaged to have been developed. In fact, the set of legislation and regulation enacted to discipline the partnership of public and private parties seems to offer now a good balance and a sufficient level of protection for both parties; this, together with a development of the local financial market, in terms of sophistication in the structuring product, as well as a renewed interest for the attraction of foreign capital, seemed to be a perfect ground for the success of the Project.

More specifically, the model implemented for the Concessions for the construction, rehabilitation, operation and maintenance of the *Autopista Ruta del Sol*, undoubtedly creates, under a pure legal perspective, a solid contractual scheme to implement such Project through a well balanced participation of the private and public

⁵⁶ Benchmark National Attractiveness for Private Investment in Latin America,

sectors. The economics of the project also seem to be viable for financing, such as the injection of public contributions able to cover the revenues of the private party for Sector 1 and a rough 60% for Sector 2, the provision securing the net present value of revenues at the end of Concession Sector 2 as well as the reserves created with the Contingencies Fund in relation to the risks assumed by the public sector in addition to the guarantees granted by the Sponsors, despite the foregoing, the Project experienced difficulties for its realization.

It seems possible to speculate that one of the main reasons is the specific environment in which the Project has to be implemented, both with reference to the country Colombia, in terms of risks involved in that particular Nation, and to the financial situation at international and domestic level. Another consideration on the weakness of the Project in connection with the private interests for financing seems to be possible due to the level of the private investments over a project which is mainly of public interest, with a low revenue stream arising from the exploitation of the Project. Therefore, lack of a strong commercial basis, which is the main appeal for private financing, may result in a misalignment of interests between the parties; this, added to the fact that generally infrastructure transportation projects are perceived as too exposed to risks, which depend on several variables that are very difficult to estimate beforehand: such as the risks of construction for greenfields and the variation of the demand in brownfields.

In the case study though, a primary role is played by the occurrence of a further unexpected variable, such as the financial crisis, that affected the realization of the Project in the initially envisaged timing and that impaired the availability of the demand for this type of projects.

In conclusion, the foregoing research, by investigating the impact of the risk factors involved in a specific toll road infrastructure project on the decisions of the policymaker, seems to suggest that there is no universal acceptance as to the most appropriate approach to PPP models, or universal legal solutions which can be applied. In accordance with the opinion of the World Bank's expert, such "analysis has to be effected on a country by country, sector by sector and project by project basis"⁵⁷, but also taking into primary account the particular market conditions in which such projects will have to be developed. In other words, and more in specific, where a strong commercial basis of the project is missing and the conditions of the financial market are jammed, it seems more reasonable to consider the implementation of public infrastructure projects mainly financed by the State.

⁵⁷ Jeffrey Delmon, Id. 4.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Bilancio - Il decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, è stato convertito in legge (n. 122) in data 30 luglio 2010. In tale provvedimento, all'art. 52, comma 1-bis, è previsto che le disposizioni dell'art. 15, commi 13-15, del d.l. 185/08, si applicano anche per l'anno 2010. Il d.l. 185, all'art. 15, ha consentito di non svalutare, nel bilancio 2008, i titoli iscritti nell'attivo circolante in caso di perdita di valore non durevole, mantenendoli al valore iscritto nel bilancio precedente.

Il testo integrale del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, coordinato con la legge di conversione 30 luglio 2010, n. 122, è reperibile in *G.U. n. 176 del 30-7-2010 - Suppl. Ordinario n.174*, nonché, in formato elettronico, all'indirizzo internet: <http://www.gazzettaufficiale.it/guridb/dispatcher?service=1&datagu=2010-07-30&task=dettaglio&numgu=176&redaz=10A09387&tmstp=1280738408610>.

Albo società fiduciarie - Il Consiglio dei Ministri tenutosi in data 30 luglio 2010 ha recepito la direttiva comunitaria 2008/48 in materia di credito al consumo; in tale provvedimento si prevede che le società fiduciarie che svolgono attività di custodia ed amministrazione ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966 vengano iscritte in una sezione speciale dell'albo previsto ex art. 106, T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia e sottoposte all'vigilanza di Banca d'Italia.

Per il testo integrale si rimanda a www.italiaoggi.it, nell'apposita sezione documenti.

Responsabilità enti. San Marino - E' entrato in vigore nella Repubblica di San Marino il 9 luglio 2010 il decreto del 24 giugno 2010, n. 96, che disciplina la responsabilità per gli enti collegata alla commissione di un reato da parte di una persona fisica che agisce nell'interesse o «per conto» della società.

Il testo integrale del decreto è reperibile sul sito www.italiaoggi.it.

Proprietà industriale - Con il d.lgs., 13 agosto 2010, n. 131, sono state apportate alcune modifiche al d.lgs., 10 febbraio 2005, n. 30, recante il codice della proprietà industriale, secondo quanto è previsto dall'art. 19 della l. 23 luglio 2009, n. 99.

Il testo del d.lgs. è reperibile sul sito www.italiaoggi.it.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 16/2010

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Parti correlate - E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la nuova versione dello Ias 24, contenente la nuova definizione di parti correlate che le imprese che redigono il bilancio in base alle disposizioni del codice civile.

Per le imprese che redigono il bilancio secondo i principi contabili internazionali si tratta di applicare l'intero principio a partire dal bilancio 2011, salvo l'applicazione anticipata in via facoltativa.

Il testo del provvedimento è reperibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=it>.

ABI

Concordato preventivo - L'Abi ha pubblicato in data 23 agosto 2010 la circolare n. 19/10 in materia fallimentare, ed in particolare sulle novità introdotte sugli istituti di risanamento dall'art. 48 della legge 122/2010.

Il testo integrale della circolare è reperibile sul sito: http://www.ilsole24ore.com/pdf2010/SoleOnline5/_Oggetti_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2010/08/10-LE-019.pdf?uuiid=4063b164-aeed-11df-9b08-7842519a974b?uuiid=AYbwNHJ.

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI ED ESPERTI CONTABILI

Sindaci - Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili ha elaborato le bozze di norme di comportamento del collegio sindacale delle società non quotate. Il Cndcec ha invitato i dottori commercialisti, le istituzioni e tutti i soggetti interessati a presentare le proprie osservazioni al documento entro il 31 ottobre 2010 da inviare a consultazionecollegiosindacale@cndcec.it.

Il testo del documento in pubblica consultazione è reperibile al sito: <http://www.cndcec.it/Portal/News/NewsDetail.aspx?id=e34cd178-6062-4ab3-af7b-958f4ed332f5>.

GIURISPRUDENZA

Bancarotta - Nella Relazione della Cassazione n. III/09/10 del 3 agosto 2010, avente ad oggetto: Novità legislative – decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 – convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122 – Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica, si legge che la bancarotta fraudolenta preferenziale e la bancarotta semplice non saranno più applicabili per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione di un piano di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione. Le esenzioni fanno chiarezza in sede di accertamento giudiziale. Non è tuttavia esclusa la ricorrenza di diversi altri reati fallimentari.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Il testo del report della Cassazione è reperibile al sito www.italiaoggi.it

Cessione di quote - Il Presidente del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, ha richiesto al Ministro dell'economia un chiarimento circa la decisione del Tribunale di Grosseto in data 31 luglio 2010, che, accogliendo favorevolmente l'interpretazione della norma di cui all'art. 36, comma 1bis, del dl. 112/2008, già resa dal Consiglio nazionale del notariato, all'indomani dell'approvazione della norma, ha affermato che per il perfezionamento di trasferimenti di quote di s.r.l. sia necessaria la presenza di un notaio.

Il testo della decisione è reperibile sul sito www.italiaoggi.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Manovra correttiva 2010: definitive le modifiche approvate in sede di conversione -
Dopo aver incassato lo scorso 29 luglio 2010 la doppia fiducia (Camera e Senato), è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge di conversione - n. 122 del 30 luglio 2010 - del D.L. del 31 maggio 2010, n. 78 recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

(Legge 30/07/2010, n. 122, G.U. 30/07/2010, n. 176 Suppl. Ord., n. n. 174)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

OCSE – Trasparenza e scambio di informazioni a scopi tributari imposizioni

In data 3 settembre 2010 l'OCSE ha rilasciato il rapporto "Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes", che riassume gli obiettivi raggiunti dall'Organizzazione nella lotta contro i paradisi fiscali e gli Stati non cooperativi. Negli ultimi due anni, secondo l'OCSE, i risultati conseguiti sono più che soddisfacenti: tutti gli Stati si sono impegnati pubblicamente ad implementare gli standard internazionali sullo scambio di informazioni, per ovviare ai fenomeni di evasione ed elusione fiscale internazionale.

Studi di settore – Sisma Abruzzo

Con Provvedimento del 30 agosto 2010, è stata approvata la modifica alle istruzioni per la compilazione dei modelli di comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore da utilizzare per il periodo d'imposta 2009.

(Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, 30 agosto 2010, emesso ai sensi del comma 361 dell'art. 1, L. 24 dicembre 2007, n. 244.

Obbligo di comunicazione delle operazioni intercorse con soggetti ubicati in Paesi a fiscalità privilegiata

Il Ministero dell'economia e delle finanze ha corretto le liste dei paesi a fiscalità privilegiata attualmente in vigore in Italia, ridisegnano, così, il perimetro applicativo delle disposizioni anti-paradisi fiscali. Le modifiche riguardano l'eliminazione di Cipro e Malta da tutte e tre le black list conosciute (i.e. D.M. 4 maggio 1999, in materia di trasferimento di residenza di cittadini italiani, D.M. 21 novembre 2001 in materia di

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 16/2010

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

CFC rules e D.M. 23 gennaio 2002, in materia di deducibilità dei costi) e la cancellazione della Corea del Sud dalla lista in materia di società estere controllate.

Le modifiche apportate alle liste producono, così, anche effetti sugli obblighi di comunicazione telematica dei clienti e dei fornitori da includere negli elenchi, in vigore dal 1° luglio 2010.

(Decreto Ministero delle Finanze 27 luglio 2010)

Bonifici detraibili - le regole delle Entrate per la ritenuta del 10%

La ritenuta d'acconto del 10%, che banche e Poste Italiane devono applicare sui bonifici relativi al pagamento di interventi di recupero del patrimonio edilizio e di risparmio energetico, deve essere operata sull'importo del bonifico decurtato dell'IVA del 20%.

(Circolare Agenzia delle Entrate 28/07/2010, n. 40/E)

Acquisizione e/o conversione di crediti in partecipazioni

L'Agenzia delle Entrate fornisce alcuni chiarimenti in merito alle operazioni di conversione di crediti in partecipazioni. In particolare, agli istituti di credito che acquisiscono partecipazioni per il recupero crediti il legislatore riconosce la possibilità, ai sensi dell'art. 113 del Tuir, previo parere favorevole della stessa Agenzia, di "disapplicare" l'art. 87 del Tuir relativo al regime di participation exemption. L'accoglimento dell'istanza comporta, contestualmente, l'equiparazione ai crediti estinti o convertiti delle partecipazioni acquisite ai fini dell'applicazione degli artt. 101, comma 5, e 106 del Tuir.

(Circolare Agenzia delle Entrate, 30 agosto 2010, n. 42/E)

Rimborsi IVA UE - primo appello

Entro il 30 settembre devono essere trasmesse le istanze di rimborso secondo le nuove modalità dettate con provvedimento del 1° aprile di quest'anno. Lo ha ricordato l'Agenzia delle Entrate nel fornire le informazioni sulle procedure per l'abilitazione ai servizi telematici.

Dal 1° gennaio 2010, il contribuente italiano deve presentare l'istanza di rimborso all'Agenzia delle Entrate esclusivamente via web, a differenza del passato in cui la richiesta doveva essere inoltrata in formato cartaceo allo Stato comunitario dove l'IVA era stata versata.

(Comunicato Agenzia delle Entrate 06/09/2010)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

Anche l'amministratore di società deve presentare il modulo RW

Si palesano del tutto irrilevanti (a prescindere dalla loro effettiva sussistenza) i fatti ("fiduciari dei conti esteri... erano" altri; "non era intestatario di alcuno dei conti..., non aveva poteri di firma") adottati dal ricorrente essendo sufficiente ad integrare l'obbligo in esame anche il fatto, ammesso dallo stesso C., di aver trasmesso "istruzioni e volontà dell'effettivo titolare" perchè tale attività (tenuto conto della imprescindibile fiducia che egli doveva necessariamente godere in considerazione, almeno e comunque, della rilevante entità dei valori movimentati e della complessità delle operazioni effettuate) integra, comunque, un'opera di vera e propria "movimentazione" degli investimenti e/o delle attività finanziarie dette rilevanti ai fini della norma.

(Cassazione civile Sentenza, Sez. Trib., 21/07/2010, n. 17051)

Sezioni Unite - No alla compensazione con il giudizio di ottemperanza

la giurisdizione appartiene al giudice che ha pronunciato la sentenza della quale viene richiesta l'ottemperanza, e prescinde dalle eventuali eccezioni prospettate dalla controparte, il cui contenuto non può ampliare il thema decidendum fine a farlo travalicare, a posteriori, dai limiti della giurisdizione del giudice che si è pronunciato nei merito. Nella specie, la sentenza in relazione alla quale è stata richiesta l'ottemperanza è stata pronunciata dalla CTP di Palermo e legittimamente il relativo ricorso è stato proposto dinanzi allo stesso giudice".

(Cassazione civile Sentenza, Sez. SS.UU., 05/08/2010, n. 18208)

Spese condominiali e di riscaldamento non fanno autonoma organizzazione

La proprietà del bene strumentale all'esercizio dell'attività professionale (ed i relativi costi di gestione) non rientrano tra gli indici dell'esistenza di un'autonoma organizzazione. Pertanto, l'IRAP indebitamente versata va restituita al professionista che ha provato l'assenza del presupposto impositivo dimostrando la congruità e la pertinenza delle spese esposte in dichiarazione alla conduzione dell'immobile strumentale allo svolgimento dell'attività professionale.

(Sentenza Commissione tributaria regionale Lazio 05/07/2010, n. 372)

Rimborsi IVA di cedente e cessionario – La questione va alla Corte di giustizia

La Corte di Cassazione ha rimesso, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia CE una interessante questione interpretativa: se i principi di effettività, non discriminazione e neutralità fiscale in materia di IVA ostino ad una disciplina o prassi nazionale che ricostruisce il diritto del cessionario/committente al rimborso dell'IVA pagata a torto come indebito oggettivo di diritto comune, a differenza di quello esercitato dal debitore principale (cedente o prestatore del servizio) con un limite temporale, per il primo, assai

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

più lungo di quello posto al secondo, sì che la domanda del primo, esercitata quando il termine per il secondo è da tempo scaduto, possa dar luogo a condanna al rimborso di quest'ultimo senza che lo stesso possa più chiedere il rimborso all'Amministrazione finanziaria.

(Ordinanza Cassazione civile 17/08/2010, n. 18721)

Offerta riservata
agli abbonati di NDS

Speciale offerta di Abbonamento a **La Valutazione delle Aziende**



- ACQUISIZIONI
- FUSIONI
- CESSIONI
- SCISSIONI
- SCORPORI
- QUOTAZIONE DI MERCATO
- VALORI INTRINSECI

Un anno di abbonamento
a € 179,00 anziché € ~~206,58~~

Una grande firma per una grande rivista

La misura del valore delle aziende rappresenta oggi un tema di rilievo non solo per alcune operazioni finanziarie, ma più in generale per l'orientamento delle strategie e delle scelte di gestione. La rivista si rivolge a tutti coloro che, nel nostro paese, sono interessati a vario titolo a problemi di valutazione delle aziende, il team di esperti coordinati da **Luigi Guatri**, fanno de **La Valutazione delle Aziende** un prezioso strumento di aggiornamento professionale e scientifico.

IL COSTO DELL'ABBONAMENTO È INTERAMENTE DEDUCIBILE NELLA DENUNCIA DEI REDDITI DI PROFESSIONISTI E AZIENDE, A NORMA D DEGLI ARTICOLI 54 E 56 DEL TUIR



TRAMITE POSTA

Inviando questo coupon
a Milano Finanza Service S.r.l.,
via Marco Burigozzo, 5 20122 Milano



TRAMITE FAX

Inviando il coupon
al fax verde 800/822196



TRAMITE E-MAIL

Inviando la mail di richiesta a:
servizioclienti@class.it

Si, desidero sottoscrivere l'abbonamento annuale (4 numeri) a
"La Valutazione delle Aziende" al prezzo speciale di € 179,00 anziché € ~~206,58~~.

SCELGO DI PAGARE CON:

- Versamento con Bollettino** che mi invierete
- Bonifico Bancario** intestato a: Banca Popolare di Bergamo/
Credito Varesino Corso Italia, 22 - Milano
IBAN IT 41D280160100000030296
- Addebito sulla mia Carta di Credito**
 - CartaSi/Visa Diners CartaSi/Visa/Eurocard/MasterCard
 - American Express BankAmericard

Cognome _____

Nome _____

Azienda _____

Indirizzo _____ N. _____

Cap _____ Città _____ Prov. _____

Telefono _____

E-mail _____

N° _____

Scad. _____

Data _____ Firma _____

11000169

Informativa ex art. 13 d.lgs 196/03. I dati personali che la riguardano verranno trattati per dare esecuzione all'abbonamento a La Valutazione delle Aziende da Lei richiesto e, in caso di suo consenso, per finalità di marketing di prodotti/servizi di Milano Finanza Service S.r.l. e/o di società collegate e/o controllate e/o controllanti e/o di terzi. Ciascuna società, in caso di Suo consenso, acquisterà la veste di autonomo Titolare del Trattamento. Il conferimento dei dati è necessario per dare seguito all'abbonamento. Lei potrà esercitare in ogni momento i diritti di cui all'art. 7 d.lgs 196/03 rivolgendosi a Milano Finanza Service S.r.l. I dati non verranno diffusi e verranno trattati nell'ambito dell'organizzazione del Titolare da soggetti qualificati come incaricati. Titolare del trattamento è Milano Finanza Service S.r.l. - Via Burigozzo, 5 Milano. Un elenco completo degli eventuali soggetti terzi che collaborano con il Titolare in qualità di responsabili è a disposizione su richiesta presso la sede del Titolare.

Consento all'attività di marketing inerente ai prodotti/servizi del Titolare e/o di società collegate e/o controllanti e/o controllate. SI NO
 Consento all'attività di marketing di prodotti/servizi di terzi. SI NO

Offerta valida solo per l'Italia fino al 31/12/2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

Class Professionale srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano

Telefono: 02/58219.1 – Telefax: 02/58317598 – E-mail: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02-58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00 (abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: Class Professionale srl – via Marco Burigozzo n. 5 – 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a: Banca di Roma, filiale di Milano 5, Piazza Edison 1 – 20123 Milano – conto corrente n. 923631/55 – ABI 03002 – CAB 01631.

Distribuzione: Class Professionale srl, via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195. Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.
Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 Presidente: Paolo Panerai – Direttore generale: Matteo Sordo – Vice Direttore generale: Francesco Rossi

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ Registrazione al Tribunale di Milano
n. 618 del 8-11-2002 –
Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a Class Professionale srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di Class Professionale srl.