

Anno 9 – Numero 19

19 ottobre 2011

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- Brevetti: disciplina cinese
- Società privata europea
- SRL: responsabilità amministratori

ItaliaOggi



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 SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paolo Efisio Corrias, Emanule Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

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

Matteo Cagnasso, Angelo Miglietta, Ludovico Monforte, Giuseppe Antonio Policaro, Valerio Sangiovanni, Flavio Servato

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
DIRITTO INDUSTRIALE	
<i>La legge sui brevetti della Repubblica Popolare Cinese</i> di Matteo Cagnasso	9
STUDI E OPINIONI	
<i>Brevi osservazioni sullo statuto della “società privata europea”</i> di Ludovico Monforte	52
<i>La contabilità quale strumento per la rilevazione dei fatti amministrativi</i> di Angelo Miglietta e Flavio Servato	62
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>Class action e tutela contrattuale degli investitori</i> di Valerio Sangiovanni	71
<i>Il creditore sociale di s.r.l. non può esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, fatta eccezione per il caso di danno diretto scaturente da atti dolosi o colposi</i> (Trib. Torino, sez. I civ., sent. n. 4072 dell' 8/6/2011) di Giuseppe Antonio Policaro	91
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	100
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	102
INFORMAZIONE CONVEGNI	107

SOMMARIO

DIRITTO INDUSTRIALE

La legge sui brevetti della Repubblica Popolare Cinese

L'articolo illustra brevemente la disciplina contenuta nella legge sui brevetti della Repubblica popolare cinese, entrata in vigore il 1° aprile 1985, e successivamente modificata sino al 2009.

di **Matteo Cagnasso**

STUDI E OPINIONI

Brevi osservazioni sullo statuto della “società privata europea”

L'Autore prende in esame la proposta di Regolamento per disciplinare la futura “Società Privata Europea”, analizzando lo schema normativo di forma societaria proposto.

di **Lu do vico Monforte**

La contabilità quale strumento per la rilevazione dei fatti amministrativi (parte II)

Il presente lavoro costituisce una sintesi della seconda parte del Capitolo I del libro “Elementi di bilancio e finanza aziendale per giuristi”, di Angelo Miglietta (a cura di), Alessandro Danovi, Maurizio Irrera e Flavio Servato, Cedam, Padova, 2011. Tale volume, oltre alla contabilità, si sofferma – con un focus specifico per la realtà giuridica – anche sulle tematiche di bilancio, controlli interni, analisi di bilancio e creazione di valore, integrati da mirati approfondimenti di diritto commerciale.

Nel corso della presente trattazione verranno illustrate le principali caratteristiche del metodo della partita doppia impiegato per la rilevazione dei fatti amministrativi, con particolare riferimento alle operazioni di rettifica, preliminari per la redazione del bilancio d'esercizio.

di **Angelo Miglietta e Flavio Servato**

RELAZIONI A CONVEGNI

Class action e tutela contrattuale degli investitori

La relazione prende in esame, partendo dalle nozioni di “consumatore” e di “investitore”, “impresa” e di “produttore”, la legittimazione attiva e passiva all'azione di classe, soffermandosi sulle caratteristiche dei diritti tutelabili mediante tale azione.

di **Valerio Sangiovanni**

SOMMARIO

Il creditore sociale di s.r.l. non può esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, fatta eccezione per il caso di danno diretto scaturente da atti dolosi o colposi

(Trib. Torino, sez. I civ., sent. n. 4072 dell' 8/6/2011)

Con la sentenza in esame il Tribunale di Torino si è pronunciato dichiarando inammissibile l'azione di responsabilità da parte del creditore di società a responsabilità limitata nei confronti degli amministratori (e dei sindaci) a seguito della lesione del patrimonio sociale. Il creditore sociale potrà invocare il diritto al risarcimento solo nel caso in cui sia stato direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori ex art. 2476, comma 6°, c.c.

di Giuseppe Antonio Policaro

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
INTELLECTUAL PROPERTY	
The Patent Law of the People's Republic of China	9
<i>The article briefly explains the rules contained in the Patent Law of the People's Republic of China, which came into force on the 1st of April 1985 and subsequently amended until 2009.</i>	
by Matteo Cagnasso	
STUDIES AND OPINIONS	
Brief remarks on the status of "European Private Company"	52
<i>The author examines the Regulation proposal to rule the future "European Private Company" by analyzing the pattern of legal corporate form proposed.</i>	
by Ludovico Monforte	
Accounting as a tool to point out the administrative decisions (Part II)	62
<i>This paper, in order to provide the lawyer with some tools for the comprehension of the balance sheet, shows the double-entry accounting's system used to point out the administrative decisions.</i>	
by Angelo Miglietta and Flavio Servato	
REPORTS AT CONFERENCES	
Class Action and contractual protection of investors	71
<i>The report examines, starting from the notions of "consumer" and "investor", "enterprise" and "producer", the active and passive legitimization of class action, focusing on the kind of rights protected by the above action.</i>	
by Valerio Sangiovanni	

INDEX-ABSTRACT

The creditor of a limited liability company can not bring an action for damages against directors, except for the case of direct damages arising out of negligence or intentional acts 91

(Court of Turin, Sent. N. 4072 of 8/6/2011)

With the decision examined, the Court of Turin has sentenced declaring inadmissible the action for damages by the creditor of a limited liability company against directors (and auditors) as a result of the impairment of assets. The creditor may invoke social right to compensation only if it has been directly injured by negligent or intentional acts of the directors pursuant to art. 2476, paragraph 6 °, c.c.

by **Giuseppe Antonio Policaro**

LA LEGGE SUI BREVETTI DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

L'articolo illustra brevemente la disciplina contenuta nella legge sui brevetti della Repubblica Popolare Cinese, entrata in vigore il 1° aprile 1985, e successivamente modificata nel 2009.

di **MATTEO CAGNASSO**

La legge sui brevetti della Repubblica popolare cinese è stata adottata durante la quarta riunione del Consiglio Permanente del sesto Congresso nazionale del popolo il 12 marzo 1984, entrando in vigore il 1° aprile 1985. Modificata nel 1992 durante il settimo Congresso nazionale, ha subito un complesso emendamento effettuato dal Consiglio Permanente del nono Congresso nazionale del popolo il 25 agosto 2000, in vigore dal 1° luglio 2001. È stata portata all'attuale testo di legge con un ultimo decisivo emendamento da parte dell'undicesimo Congresso nazionale del popolo il 27 dicembre 2008, entrando in vigore nella sua forma definitiva il 1° ottobre 2009.

Il testo di legge emendato nel 2000, costituito di 69 articoli, è diviso in otto sezioni. La norma disciplina la concessione dei diritti brevettuali da parte della Repubblica popolare cinese, indicandone le condizioni, specificando le modalità di richiesta e di approvazione della domanda di brevetto da parte degli organi dello Stato competenti in materia brevettuale, ed infine le modalità di sfruttamento e di tutela dei diritti brevettuali da parte dei soggetti richiedenti e dei soggetti licenziatari.

L'oggetto della protezione brevettuale è definito invenzione-creazione, intendendosi per esso invenzioni, modelli di utilità e disegni (art. 2). Il principio di liceità del brevetto è introdotto dall'articolo 5, per cui non sono oggetto di brevetto "invenzioni-creazioni che violino la legge dello Stato, vadano contro la morale sociale o siano dannose al pubblico interesse". Non sono riconosciute brevettabili, in particolare, le scoperte scientifiche, i metodi di diagnosi e di trattamento delle malattie, e le varietà vegetali e animali, sebbene i metodi impiegati per produrle possano essere oggetto di brevetto (art. 25).

L'ufficio preposto a esaminare le domande di brevetto e a garantirne la concessione è il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti presso il Consiglio di Stato, con autorità estesa a tutto il territorio nazionale. L'autorità amministrativa responsabile della gestione delle questioni concernenti brevetti è posta presso il governo delle province, delle regioni autonome e delle municipalità sotto diretto controllo del

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Governo Centrale, con pertinenza esclusiva nell'area geografica da essa amministrata (art. 3).

La legge sancisce il diritto dell'inventore o creatore di richiedere la protezione brevettuale dell'invenzione, modello di utilità o disegno da lui ideato, negandolo nel caso in cui l'invenzione sia stata ottenuta da un soggetto "in esecuzione delle attività di un ente cui [il soggetto inventore] appartiene, o sia stata realizzata impiegando principalmente materiali e mezzi tecnologici di [tale] ente" (art. 6). In tal caso la legge riconosce all'ente il diritto di ottenere il brevetto, e non all'inventore o creatore. Tuttavia, a beneficio di questi la legge impone all'ente titolare del brevetto il versamento di una congrua remunerazione, calcolata "in base all'estensione dello sfruttamento dell'invenzione e dei benefici economici che esso rende" (art. 16).

Nel caso in cui l'attività inventiva sia disciplinata mediante contratto, in cui il diritto di richiedere e possedere un brevetto sia previsto, la legge stabilisce l'applicazione della suddetta disposizione contrattuale (art. 6).

Se due o più richiedenti presentano una domanda di brevetto concernente la medesima invenzione o creazione, la legge applica il principio, seguito nell'Unione europea, secondo cui il brevetto viene concesso al richiedente che abbia inoltrato per primo la propria domanda (art. 9). La data di deposito della domanda coincide con la data di ricevimento da parte del Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti. Nel caso in cui la domanda sia stata inviata per posta fa fede il timbro postale (art. 28).

La legge riconosce al richiedente il diritto al ritiro della propria domanda in qualsiasi momento precedente la concessione del brevetto (art. 32), e la facoltà di modificare la domanda nei limiti dello scopo del brevetto contenuto nella descrizione iniziale e nelle rivendicazioni per invenzioni e modelli di utilità, nelle rappresentazioni grafiche e nelle fotografie iniziali per i disegni (art. 33).

Il diritto alla brevettazione ed il brevetto stesso possono essere assegnati a terzi: in tal caso la legge prevede che le parti stipolino un contratto scritto, registrato presso il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti presso il Consiglio di Stato, che provvede a pubblicarne la registrazione, a partire dalla cui data l'assegnazione acquista efficacia. Nel caso in cui l'assegnatario sia straniero, è necessaria l'autorizzazione all'assegnazione da parte del Consiglio di Stato (art. 10).

I cittadini e gli enti stranieri, società o organizzazioni, sono obbligati a rivolgersi, al fine di presentare domanda di brevetto, ad agenzie di brevettazione designate dal Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti (art. 19), ufficio responsabile anche della gestione delle domande internazionali di brevetto, "in conformità con il trattato internazionale in questione di cui la Cina è parte, questa legge e le norme pertinenti del Consiglio di Stato" (art. 20).

Il diritto di priorità viene concesso per domande depositate in Cina entro un limite di dodici mesi per le invenzioni e i modelli di utilità, e di sei mesi per i disegni, dalla data di deposito in un Paese straniero di una domanda di brevetto avente il

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

medesimo oggetto, “in conformità con ogni accordo concluso tra il Paese straniero in questione e la Cina, o in accordo con ogni trattato internazionale di cui entrambi i Paesi siano parte, o in base al principio del mutuo riconoscimento del diritto di priorità”. Allo stesso modo, “se, entro dodici mesi dalla data in cui ogni richiedente ha presentato per primo in Cina una domanda di brevetto per invenzione o modello di utilità, egli deposita presso il Dipartimento per l’amministrazione dei brevetti presso il Consiglio di Stato una domanda di brevetto per lo stesso oggetto, egli potrà godere di un diritto di priorità” (art. 29).

L'interesse dello Stato e della collettività nei confronti dell'esclusiva brevettuale concessa ai privati viene tutelato dalla legge, in quanto per qualsiasi brevetto appartenente ad un cittadino cinese, o ad un ente di proprietà collettiva o dello Stato, qualora risulti di rilevante importanza per lo Stato o la collettività il suo largo impiego, può esserne concesso lo sfruttamento, previa autorizzazione del Consiglio di Stato, ad enti appositamente designati (art. 14). Qualora l'oggetto di un brevetto sia materia di sicurezza nazionale o costituisca un interesse vitale dello Stato che richieda segretezza, la legge dispone che "la questione sia trattata in conformità con le pertinenti disposizioni dello Stato"(art. 4). Le domande internazionali di brevetto devono risultare conformi alle disposizioni dell'art. 4 della legge sui brevetti (art. 20).

Un'invenzione o modello di utilità, per risultare brevettabile, deve possedere i necessari requisiti di novità, inventività e utilità (art. 22). Per novità viene intesa l'assenza di una identica invenzione o modello di utilità la cui esistenza sia stata comunicata pubblicamente per mezzo di pubblicazioni nazionali o internazionali, o sia stata pubblicamente utilizzata o resa conoscibile al pubblico con qualsiasi altro mezzo nel Paese, o non sia mai stata oggetto di descrizione da parte di una domanda di brevetto precedentemente depositata presso il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti. Per inventività si intende la presenza di "importanti e sostanziali caratteristiche di distinzione" rispetto alle tecnologie esistenti in precedenza alla data di deposito della domanda, di cui l'invenzione o il modello di utilità devono "rappresentare un netto miglioramento". Per utilità si intende che "l'invenzione o il modello di utilità possono essere realizzati ed impiegati e possono produrre risultati positivi".

Per i disegni oggetto di una domanda di brevetto è richiesto che non esistano disegni identici o simili che siano stati resi pubblici mediante pubblicazioni nazionali o internazionali, o che siano stati pubblicamente impiegati nel Paese in data precedente al deposito della domanda, nonché che risultino in conflitto con alcun precedente diritto legale di terzi (art. 23).

Il requisito di novità non viene perduto qualora, in un periodo di sei mesi precedente la data di deposito della domanda, l'invenzione o creazione sia stata esibita per la prima volta in una esposizione internazionale sponsorizzata o riconosciuta dal governo cinese, o sia stata resa pubblica per la prima volta nell'ambito di una conferenza

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

tecnica o accademica, o ancora sia stata resa pubblica da terzi senza il consenso del richiedente (art. 24).

Dopo un esame preliminare, la domanda di brevetto viene pubblicata dal Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti, allo scadere di un periodo di diciotto mesi a partire dalla data di deposito (art. 34). Viene quindi concesso un limite di tre anni dalla data di deposito della domanda per richiedere un esame approfondito, allo scadere del quale la domanda viene considerata ritirata (art. 35), così come nel caso in cui il richiedente non fornisca, senza giustificato motivo, la necessaria documentazione prevista per l'esaminazione della domanda (art. 36). Nel caso in cui la domanda sia giudicata non conforme ai principi di brevettabilità, al richiedente viene concesso un limite di tempo per inoltrare le proprie osservazioni e correggere il testo, allo scadere del quale, in assenza di risposta per giustificati motivi, la domanda viene considerata ritirata dal richiedente (art. 37); in caso di un secondo rifiuto la domanda viene rigettata (art. 38). Il richiedente ha facoltà di esigere, entro tre mesi dalla notificazione dell'istanza di rigetto, il riesame della domanda presso la Commissione del Riesame brevetti, istituita presso il Consiglio di Stato. In caso di nuova istanza di rigetto, il richiedente, entro tre mesi dalla data di notifica, ha facoltà di istituire un procedimento legale presso la Corte del Popolo (art. 41). In caso di approvazione, il mantenimento del diritto di esclusiva brevettuale per la durata ventennale (decennale per modelli di utilità e disegni) prevista dalla legge è legato, a pena di decadenza, al versamento di una quota annuale allo Stato (art. 44).

La Commissione del Riesame brevetti esamina le richieste di invalidità della concessione dell'esclusiva brevettuale. Per una decisione di invalidità il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti provvede ad effettuarne registrazione e pubblicazione. Nel caso in cui il titolare del brevetto o la parte che vi si oppone non siano soddisfatti dell'esito della decisione della Commissione, entro tre mesi dalla data di notifica è concesso loro di istituire un procedimento legale presso la Corte del Popolo (art. 46). La decisione di dichiarare un brevetto invalido non ha efficacia retroattiva, nei confronti sia delle procedure processuali per violazione brevettuale in atto, sia dei contratti di licenza o di assegnazione del brevetto, fino all'avvenuta dichiarazione di invalidità (art. 47).

Nel caso in cui un ente qualificato per lo sfruttamento economico di un brevetto per un'invenzione o un modello di utilità non sia riuscito ad ottenere dal titolare del brevetto l'autorizzazione allo sfruttamento in un ragionevole periodo di tempo, il Dipartimento di amministrazione dei brevetti ha l'autorità di concedere una licenza obbligatoria (art. 48). Tale facoltà viene esercitata anche nel caso in cui un'emergenza nazionale, o una condizione straordinaria, o ancora motivi di interesse pubblico richiedano lo sfruttamento di un brevetto (art. 49), nonché quando lo sfruttamento di un brevetto precedente risulti essenziale per permettere lo sfruttamento di un brevetto successivo di maggior pregio tecnologico o economico (art. 50). Lo scopo e la durata dello sfruttamento di un brevetto mediante licenza obbligatoria sono specificati in base

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

al motivo che ne ha determinato la concessione da parte dello Stato. Qualora le circostanze che hanno portato alla concessione di una licenza obbligatoria di sfruttamento di un brevetto vengano meno, e risulti improbabile il loro ripresentarsi, il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti può, su richiesta del titolare del brevetto, revocare la licenza obbligatoria dopo uno specifico esame (art. 52).

Per ottenere una licenza obbligatoria per lo sfruttamento economico di un brevetto, il richiedente ha l'onere di provare di non essere riuscito a concludere un contratto di licenza in termini ragionevoli con il titolare del brevetto (art. 51). La licenza obbligatoria non garantisce il diritto esclusivo allo sfruttamento, né dà facoltà di autorizzare lo sfruttamento del brevetto da parte di terzi (art. 53). Inoltre obbliga il richiedente a pagare un ragionevole compenso al titolare del brevetto, il cui ammontare viene deciso mediante consultazione di entrambe le parti, e, in assenza di un accordo, stabilito d'ufficio da parte del Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti (art. 54). Qualora la decisione del Dipartimento di concedere la licenza obbligatoria o la valutazione del compenso da elargire al titolare del brevetto non soddisfi l'una o l'altra parte, è data facoltà di istituire un procedimento legale presso la Corte del Popolo entro un termine di tre mesi dalla notifica della decisione (art. 55).

Le dispute nate per violazione di un brevetto devono essere risolte mediante consultazione di entrambe le parti. Qualora la consultazione fallisca, o le parti manifestino la volontà di non procedere per consultazione, è data facoltà alle parti di istituire un procedimento legale presso la Corte del Popolo, o, in alternativa, di conferire la decisione all'autorità amministrativa per le questioni brevettuali, la quale, in caso di riconosciuta violazione, ha l'autorità di esigere la cessazione immediata dell'attività in violazione del brevetto. In tal caso alla parte riconosciuta violatrice del brevetto è dato un termine di quindici giorni dalla notifica della decisione per istituire un procedimento legale presso la Corte del Popolo, allo scadere del quale, nel caso in cui l'attività giudicata in violazione del brevetto non sia stata sospesa, l'autorità amministrativa delle questioni brevettuali potrà rivolgersi alla Corte del Popolo per chiedere l'esecuzione coatta della propria decisione (art. 57).

Il limite massimo di tempo per un'azione legale concernente la violazione di un brevetto è di due anni, a partire dal giorno in cui il titolare del brevetto o la parte interessata abbiano preso o avrebbero dovuto prendere coscienza del fatto (art. 62).

L'autorità amministrativa, su richiesta delle parti, può mediare l'ammontare del risarcimento al danno subito per violazione del brevetto. Nel caso in cui la mediazione fallisca, le parti hanno facoltà di rivolgersi all'autorità giudiziaria (art. 57). Il risarcimento del danno dovuto in seguito alla violazione di un brevetto è stabilito sulla base delle perdite sofferte dal titolare del brevetto, o in base ai profitti che la parte violatrice ha illecitamente conseguito. Nel caso in cui risulti difficile calcolare l'ammontare delle perdite ricevute o dei profitti illegalmente conseguiti, la legge stabilisce che il danno sia calcolato come "multiplo appropriato dell'ammontare del

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

beneficio di sfruttamento per quel brevetto sotto licenza contrattuale" (art. 60). Per coloro che siano stati condannati per essersi falsamente attribuiti la titolarità di un brevetto, la legge prevede la confisca dei profitti illegalmente conseguiti, e una multa non superiore a tre volte il loro ammontare (art. 58).

La sospensione cautelare e la preservazione della proprietà possono essere richiesti all'autorità giudiziaria, prima che qualsiasi procedimento sia istituito, dal titolare di un brevetto o dalla parte interessata, qualora vi siano prove volte a dimostrare che un soggetto terzo violi o possa presto violare il brevetto, con un atto di violazione che, se non posto sotto controllo o non prevenuto in tempo, rischi di causare un danno irreparabile (art. 61).

La legge (art. 63) prevede che non siano considerati violazione del brevetto i seguenti casi:

- l'uso, l'offerta di vendita e la vendita diretta da parte di terzi di un prodotto brevettato, realizzato o importato dal titolare del brevetto o sotto sua autorizzazione, o ancora prodotto mediante un metodo brevettato, quando tale prodotto sia stato oggetto di vendita;
- la produzione o l'uso da parte di terzi, in data antecedente il deposito della domanda di brevetto, di un prodotto identico a quello brevettato, o ottenuto mediante un procedimento identico a quello brevettato, a condizione che tale produzione o uso continuino ad essere effettuate esclusivamente nell'ambito dello scopo originario; o ancora quando sia stata compiuta da parte di terzi la necessaria preparazione alla produzione o all'uso di un prodotto o di un processo identico a quello brevettato, in data antecedente il deposito della domanda di brevetto, a condizione che tale produzione o uso continuino ad essere effettuate esclusivamente nell'ambito dello scopo originario;
- l'impiego di un brevetto, incorporato in un proprio dispositivo o installazione, da parte di un mezzo di trasporto straniero in territorio cinese, nelle acque territoriali o nello spazio aereo cinese, per propria necessità;
- l'uso di un brevetto a scopo di ricerca scientifica e sperimentazione.

In particolare, la legge dispensa dalla condanna al risarcimento del danno chiunque, unicamente per scopi produttivi o commerciali, utilizza o vende un prodotto brevettato o frutto di un processo brevettato, ignorando che tale prodotto sia stato realizzato e venduto senza l'autorizzazione del titolare del brevetto, nel caso in cui provi di aver ottenuto tale prodotto da una fonte legittimata (art. 63).

Il testo di legge si conclude con una serie di articoli che prevedono sanzioni nei confronti di crimini che possono essere commessi contro l'interesse dello Stato o di un possibile titolare di un brevetto. In particolare, chi sottrae un possibile brevetto riguardante segreti di Stato depositando la domanda all'estero, in violazione dell'art. 20 della legge sui brevetti, subisce una sanzione amministrativa, e, nel caso in cui ciò abbia costituito un crimine di natura penale, viene indagato per responsabilità penale (art. 64).

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Chi usurpa il diritto di un inventore o di un disegnatore alla patentabilità della sua invenzione o disegno subisce una sanzione amministrativa (art. 65).

Qualora l'autorità amministrativa per le questioni brevettuali raccomandi un prodotto brevettato per il commercio al pubblico o per altre attività di tipo commerciale, in violazione all'art. 66 della legge sui brevetti, spetta all'autorità posta al livello successivamente più elevato o all'autorità di supervisione di correggerne l'errore. La legge prevede la confisca dei guadagni, e, in caso di serie circostanze, sanzioni amministrative per i diretti responsabili e per coloro che risultino direttamente coinvolti (art. 66). Per casi di negligenza, abuso di potere o pratica illecita per guadagno personale da parte dei funzionari dello Stato responsabili dell'amministrazione dei brevetti, o coinvolti in essa, è prevista un'indagine per responsabilità penale, in caso di crimine, altrimenti una sanzione amministrativa (art. 67).

Il testo di legge del 2001 costituisce il più incisivo emendamento alla legge originaria, mentre il successivo emendamento operato nel 2008 è più lieve, per cui la maggior parte del precedente testo di legge viene conservata. La nuova legge, entrata in vigore il 1 ottobre 2009, si compone di 76 articoli, divisi in otto sezioni. Di seguito sono illustrate le principali differenze con il precedente testo normativo.

L'articolo 5, inerente il principio di liceità del brevetto, viene esteso a regolare invenzioni ottenute mediante l'impiego di risorse genetiche, per cui, quando l'impiego di risorse genetiche al fine di ottenere un'invenzione sia compiuto "in violazione della disposizione di leggi e regolamenti amministrativi" non sono concessi diritti brevettuali.

Per la medesima invenzione solo un unico brevetto può essere concesso. Tuttavia la legge stabilisce che il richiedente che abbia effettuato nel medesimo giorno un domanda sia per un modello di utilità sia per un brevetto d'invenzione, riguardanti la medesima invenzione, abbia facoltà di ottenere riconosciuto il brevetto d'invenzione nel caso in cui il modello di utilità, quando precedentemente ottenuto, non sia ancora scaduto, purché il richiedente dichiari la sua rinuncia allo stesso (art. 9).

L'articolo 10 è modificato, per cui se un cittadino o un ente cinese desidera assegnare il diritto alla domanda di brevetto o il diritto al brevetto stesso a un soggetto straniero, non è più obbligato a "ottenere l'approvazione del relativo dipartimento competente presso il Consiglio di Stato" (art. 10, Patent Law of the People's Republic of China del 1 luglio 2001), ma solo a "seguire le procedure delle relative leggi e regolamenti amministrativi".

Se i contitolari di un diritto di domanda di brevetto o di un brevetto hanno un accordo per l'esercizio di tali diritti, la legge prevede che tale accordo sia applicato. In caso contrario, qualsiasi contitolare può sfruttare in modo indipendente o concedere ad altri la licenza di sfruttare il brevetto; eventuali royalties ottenute attraverso licenza di sfruttamento del brevetto devono essere ripartite tra tutti i contitolari. Fatta eccezione per la situazione precedentemente trattata, l'esercizio di un diritto di domanda di brevetto o di un diritto su un brevetto, dove vi siano più soggetti contitolari, deve essere

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

consentito da tutti i contitolari (art. 15).

Per i soggetti stranieri, singoli individui o enti privi di residenza abituale o di un ufficio affari in Cina, che intendano depositare una domanda di brevetto in Cina o abbiano la necessità di essere seguiti in materia brevettuale, la legge non prevede più l'obbligo di rivolgersi ad un'agenzia brevetti designata dal Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti presso il Consiglio di Stato, ma ad "un'agenzia brevetti legalmente costituita per agire per loro conto" (art. 19).

Per ottenere un brevetto in un paese straniero per un'invenzione o modello di utilità, non è più obbligatorio l'aver precedentemente depositato una domanda di brevetto in Cina, attraverso un'agenzia brevetti designata dal Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti. La legge invece impone un esame riservato della domanda da depositare all'estero, da tenersi presso il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti, cui è data facoltà di stabilirne le procedure e la durata. Tale esame risulta obbligatorio per richiedere la successiva concessione del brevetto in Cina (art. 20).

Il Dipartimento per l'amministrazione dei brevetti presso il Consiglio di Stato è tenuto alla completa, corretta e tempestiva pubblicazione delle informazioni sui brevetti sull'apposita gazzetta brevetti (art. 21).

L'articolo 22 contiene la definizione di "prior art", come "qualsiasi tecnologia resa nota al pubblico precedente la data di deposito della domanda di brevetto in Cina o all'estero". Se il precedente testo di legge specifica che nessuna invenzione o modello di utilità possa essere oggetto di brevetto in Cina "qualora sia stata pubblicamente impiegata o divulgata al pubblico con ogni altro mezzo nel Paese" (art. 22, Patent Law of the People's Republic of China del 1 luglio 2001), la nuova legge estende la prior art oltre i confini del territorio nazionale.

Così anche in materia di disegni, per cui "prior design" risulta "ogni disegno reso noto al pubblico precedente la data di deposito della domanda in Cina o all'estero". La legge quindi stabilisce che non possano essere oggetto di brevetto disegni che risultino prior design: essi "devono essere sostanzialmente differenti da disegni antecedenti o dalla combinazione di caratteristiche di disegni antecedenti" (art. 23).

Nel caso in cui un soggetto accusato di contraffazione di un brevetto provi che la sua tecnologia appartenga alla prior art o il suo disegno risulti un disegno antecedente, il suo impiego non costituisce contraffazione di tale brevetto (art. 62).

L'articolo 26 stabilisce che per invenzioni-creazioni ottenute mediante l'impiego di risorse genetiche sia indicata nella domanda di brevetto la fonte sia diretta che indiretta di tali risorse genetiche, e che nel caso in cui sia impossibile indicare tale fonte occorra fornire una spiegazione.

La licenza obbligatoria per lo sfruttamento di un brevetto può essere concessa a enti o singoli individui che ne facciano richiesta, nel caso in cui:

- il titolare del brevetto, allo scadere di un periodo di tre anni dalla data di

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

concessione e di quattro anni dalla data di deposito della domanda, non abbia sfruttato il brevetto o non lo abbia sufficientemente sfruttato senza giustificato motivo;

- sia stato legalmente stabilito che l'applicazione del diritto di brevetto da parte del titolare risulti un atto di monopolio, per evitare o eliminare gli effetti negativi sulla concorrenza (art. 48).

A tutela della salute pubblica, può essere concessa una licenza obbligatoria di sfruttamento per la produzione di un farmaco oggetto di un diritto di esclusiva brevettuale in Cina, e per la sua esportazione in paesi o regioni indicate in relative convenzioni internazionali di cui la Cina sia membro contraente (art. 50).

Per invenzioni-creazioni aventi come oggetto semiconduttori, la concessione di una licenza obbligatoria di sfruttamento viene limitata ad impieghi di pubblico interesse, e alla condizione specificata nell'articolo 48, per cui l'applicazione di tale brevetto risulti un atto di monopolio (art. 52).

Fatta eccezione per il caso in cui lo sfruttamento di un brevetto costituisca un atto di monopolio legalmente accertato (art. 48) o per la produzione di un farmaco oggetto di esclusiva brevettuale a tutela della salute pubblica (art. 50), la concessione di una licenza obbligatoria di sfruttamento di un brevetto è principalmente impiegata a sostegno del mercato interno (art. 53).

In caso di contraffazione di un brevetto, il contraffattore, oltre a rispondere per responsabilità civile, è obbligato a emendare pubblicamente la propria azione di contraffazione da parte dell'autorità amministrativa dei brevetti. Gli utili ottenuti illegalmente sono confiscati ed è imposta una sanzione non superiore a quattro volte l'ammontare di tali utili, e, in assenza di utili, una sanzione pecuniaria non superiore ai 200.000 yuan (art. 63). Viene così aumentata la sanzione prevista dall'art. 58 del precedente testo di legge, che prevede in caso di contraffazione una sanzione non superiore a tre volte l'ammontare degli utili illegalmente ottenuti, e, in assenza di utili, una pena pecuniaria non superiore ai 50.000 yuan.

L'articolo 65 (ex art. 60 del precedente testo di legge) stabilisce che l'ammontare del danno subito dal titolare di un brevetto per contraffazione deve "includere i ragionevoli costi sopportati per fermare la contraffazione del brevetto". Il danno deve essere basato sulle perdite causate al titolare del brevetto, e, nel caso in cui tali perdite siano difficili da quantificare, sugli utili illegalmente ottenuti dal contraffattore. Nel caso in cui non sia possibile determinare né le perdite subite dal titolare del brevetto, né gli utili illecitamente ottenuti dal contraffattore, il danno subito è calcolato come multiplo appropriato del beneficio di sfruttamento per quel brevetto sotto licenza contrattuale. Tuttavia, nel caso in cui non sia possibile calcolare tale beneficio di sfruttamento, il nuovo testo normativo impone una sanzione non inferiore ai 10.000 yuan e non superiore al milione di yuan stabilita da parte della Corte del Popolo, da valutarsi principalmente per il tipo di brevetto oggetto di contraffazione e la

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

natura e la gravità della contraffazione stessa.

L'autorità amministrativa dei brevetti può, sulla base delle prove ottenute, interrogare le parti e condurre indagini relative ad attività di contraffazione, esaminare il luogo dove sia stata svolta una sospetta attività di contraffazione, visualizzare e riprodurre ogni contratto, fattura, libro contabile e altro materiale relativo a suddetta attività di contraffazione, esaminare i prodotti legati alla presunta contraffazione e sigillare o sequestrare prodotti che siano stati dimostrati essere ottenuti in contraffazione di un brevetto. Le parti non hanno facoltà di rifiutare né di interferire con le prestazioni legali offerte dall'autorità amministrativa dei brevetti, e sono tenute ad assistere e a cooperare (art. 64).

L'articolo 66 (ex art. 61 del precedente testo di legge) stabilisce che, qualora il titolare di un brevetto o qualsiasi soggetto interessato abbia prove per sostenere che la contraffazione di un brevetto sia o stia per essere messa in atto, e che, se non controllata o fermata in tempo, essa provochi un danno irreparabile, egli abbia facoltà, prima di iniziare una procedura legale contro il presunto contraffattore, di richiedere alla Corte del Popolo un'ordinanza di sospensione delle attività compiute in contraffazione del brevetto. Il richiedente è tenuto a fornire una garanzia per le suddette mozioni: nel caso in cui non sia possibile provare un legame, la legge impone che la richiesta sia respinta. Dopo aver ricevuto la richiesta, la Corte del Popolo deve pronunciarsi entro 48 ore; quando vi siano speciali circostanze che ne richiedano l'estensione, la Corte può estendere tale limite di tempo. La sentenza con cui si ordina la cessazione delle presunte attività di contraffazione ha esecuzione immediata. Qualora le parti non siano soddisfatte della sentenza, hanno facoltà di chiederne la revisione una sola volta; durante la revisione, l'esecuzione della sentenza non viene sospesa. Se il richiedente non sporge denuncia nei confronti del contraffattore entro un termine di 15 giorni dalla data di emissione della sentenza di sospensione, tale sentenza sarà rigettata. Ne caso in cui il richiedente una sentenza di sospensione sia in errore, è condannato al risarcimento delle perdite causate alla controparte.

Allo scopo di prevenire atti di contraffazione, in circostanze in cui le prove possano essere distrutte o siano rese più difficili da ottenere in seguito, il titolare di un brevetto o la relativa parte lesa possono, prima di agire legalmente, richiedere alla Corte del Popolo un'ordinanza di preservazione delle prove. A tale riguardo la Corte può ordinare al richiedente di fornire una garanzia, e in caso contrario, rigettare la richiesta. Se la richiesta è accolta, la Corte deve pronunciarsi entro un limite di 48 ore; la sentenza ha esecuzione immediata. Se il richiedente non sporge denuncia nei confronti del contraffattore entro un termine di 15 giorni dalla data di emissione della sentenza di preservazione delle prove, tale sentenza sarà rigettata (art. 67).

Infine l'articolo 69 (ex art. 63 del precedente testo di legge) estende l'assenza di contraffazione di brevetti alla produzione, uso, importazione di un farmaco o di un apparato medico brevettato, all'unico fine di fornire le informazioni necessarie per

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

l'approvazione amministrativa.

Segue il testo integrale della Patent Law of the People's Republic of China entrata in vigore il 1° luglio 2001, nella traduzione in inglese presente in Patent Law of the People's Republic of China – Trademark Law of the People's Republic of China – Copyright Law of the People's Republic of China (Chinese–English), Law Press China, 2002, 33-77.

Patent Law of the People's Republic of China

(Adopted at the 4th Meeting of the Standing Committee of the Sixth National People's Congress on March 12, 1984 and amended in accordance with the Decision of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on Amending the Patent Law of the People's Republic of China at its 27th Meeting on September 4, 1992 and amended again in accordance with the Decision of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on Amending the Patent Law of the People's Republic of China adopted at its 17th Meeting on August 25, 2000)

Contents

Chapter I General Provisions

Chapter II Conditions for the Grant of Patent Rights

Chapter III Application for Patents

Chapter IV Examination and Approval of Patent Applications

Chapter V Term, Termination and Invalidation of Patent Rights

Chapter VI Compulsory Licence for Exploitation of a Patent

Chapter VII Protection of Patent Rights

Chapter VIII Supplementary Provisions

Chapter I General Provisions

Article 1 This Law is enacted in order to protect patent rights for inventions-creations, encourage invention-creation, to facilitate the wide application of inventions-creations, promote the progress and innovation of science and technology, and meet the needs of the socialist modernization drive.

Article 2 For the purpose of this Law, "invention-creation" means inventions, utility models and designs.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 3 The patent administration department under the State Council is responsible for the patent work throughout the country. It accepts and examines patent applications and grants patent rights for inventions-creations in accordance with law.

The administrative authority for patent affairs under the people's governments of provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government are responsible for the administrative work concerning patents in their respective administrative areas.

Article 4 If an invention-creation for which a patent is applied involves national security or other vital interests of the State that require secrecy, the matter shall be treated in accordance with the relevant provisions of the State.

Article 5 No patent right shall be granted for any invention-creation that violates the laws of the State, goes against social morals or is detrimental to the public interest.

Article 6 An invention-creation, made by a person in execution of the tasks of the entity to which he belongs, or made by him mainly by using the material and technical means of the entity is a service invention-creation. For a service invention-creation, the right to apply for a patent belongs to the entity. After the application is approved, the entity shall be the patentee.

For a non-service invention-creation, the right to apply for a patent belongs to the inventor or creator. After the application is approved, the inventor or creator shall be the patentee.

In respect of an invention-creation made by a person using the material and technical means of an entity to which he belongs, where the entity and the inventor or creator have entered into a contract in which the right to apply for and own a patent is provided for, such a provision shall apply.

Article 7 No entity or individual may suppress the application of an inventor or designer for a patent in respect of an invention-creation that is not job-related.

Article 8 For an invention-creation jointly made by two or more entities or individuals, or made by an entity or individual in execution of a commission given to it or him by another entity or individual, the right to apply for a patent belongs, unless otherwise agreed upon, to the entity or individual that made, or to the entities or individuals that jointly made, the invention-creation. After the application is approved, the entity or individual that applies for it shall be the patentee.

Article 9 If two or more applicants apply separately for a patent on the same invention-creation, the patent right shall be granted to the person who applied first.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 10 The right of patent application and the patent right itself may be assigned.

If a Chinese entity or individual wishes to assign a right of patent application or a patent right to a foreigner, it or he must obtain the approval of the relevant competent department under the State Council.

Where the right to apply for a patent or the patent right is assigned, the parties shall conclude a written contract and register it with the patent administration department under the State Council.

The patent administration department under the State Council shall announce the registration, the assignment shall take effect as of the date of registration.

Article 11 After the grant of the patent right for an invention or utility model, except where otherwise provided for in this Law, no entity or individual may, without the authorization of the patentee, exploit the patent, that is, make, use, offer to sell, sell or import the patented product, or use the patented process, or use, offer to sell, sell or import the product directly obtained by the patented process, for production or business purposes.

After the grant of the patent right for a design, no entity or individual may, without the authorization of the patentee, exploit the design, that is, make, sell or import the product incorporating its or his patented design, for production or business purposes.

Article 12 Except as provided for in Article 14 of this Law, any entity or individual exploiting the patent of another must conclude a written licensing contract with the patentee and pay the patentee a fee for the exploitation of its or his patent. The licensee shall not have the right to authorize any entity or individual other than that referred to in the contract to exploit the patent.

Article 13 After the application for an invention patent has been publicly announced, the applicant may require the entities or individuals exploiting the invention to pay an appropriate fee.

Article 14 Where any patent for invention, which belongs to any State-owned enterprise or institution, is of great significance to the interests of the State or the public, the competent departments concerned under the State Council and the people's governments of provinces, autonomous regions or municipalities directly under the Central Government may, after approval by the State Council, decide that the patented invention be widely applied within the approved limits, and allow designated entities to exploit that invention. The exploiting entity shall, according to the regulations of the State, pay a fee for exploitation to the patentee.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Any patent for invention belonging to a Chinese individual or an entity under collective ownership, which is of great significance to the interests of the State or the public and needs to be widely applied, may be treated alike by making reference to the provisions of the preceding paragraph.

Article 15 The patentee shall have the right to affix a patent marking and indicate the patent number on the patented product or on the packaging of that product.

Article 16 The entity that is granted a patent right shall reward to the inventor or creator of a service invention-creation and, upon exploitation of the patented invention-creation, shall give the inventor or creator a reasonable remuneration based on the extent the invention-creation is applied and the economic benefits it yields.

Article 17 An inventor or designer shall have the right to name himself as such in the patent document.

Article 18 If a foreigner, foreign enterprise or other foreign organization having no regular residence or place of business in China files an application for a patent in China, the application shall be handled under this Law in accordance with any agreement concluded between the country to which the applicant belongs and China, or any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of reciprocity.

Article 19 Where any foreigner, foreign enterprise or other foreign organization having no habitual residence or business office in China applies for a patent, or has other patent matters to attend to, in China, he or it shall appoint a patent agency designated by the patent administration department under the State Council to act as his or its agent.

If any Chinese entity or individual applies for a patent or has other patent matters to attend to in the country, it or he may entrust a patent agency to act on its or his behalf.

The patent agency shall comply with the provisions of laws and administrative regulations, and handle patent applications and other patent matters according to the instructions of its clients. In respect of the contents of its clients' inventions-creations, except for those that have been published or announced, the agency shall bear the responsibility of keeping them confidential. The administrative regulations governing the patent agency shall be formulated by the State Council.

Article 20 Where any Chinese entity or individual intends to file an application in a foreign country for a patent for invention-creation made in China, it or he shall file

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

first an application for patent with the patent administration department under the State Council, appoint a patent agency designated by the said department to act as its or his agent, and comply with the provisions of Article 4 of this Law.

Any Chinese entity or individual may file an international application for patent in accordance with any international treaty concerned to which China is party. The applicant filing an international application for patent shall comply with the provisions of the preceding paragraph.

The patent administration department under the State Council shall handle any international application for patent in accordance with the international treaty concerned to which China is party, this Law and the relevant regulations of the State Council.

Article 21 The patent administration department under the State Council and the Patent Reexamination Board under the department shall handle any patent application and patent-related request according to law and in conformity with the requirements for being objective, fair, correct and timely.

Until the publication or announcement of the application for a patent, staff members of the patent administration department under the State Council and other persons involved have the duty to keep its content secret.

Chapter II Conditions for the Grant of Patent Rights

Article 22 Any invention or utility model for which a patent right may be granted must possess the characteristics of novelty, inventiveness and usefulness.

"Novelty" means that, before the filing date of the application, no identical invention or utility model has been publicly disclosed in domestic or foreign publications or has been publicly used or made known to the public by any other means in the country, nor has any other person previously filed with the patent administration department under the State Council an application describing an identical invention or utility model which was recorded in patent application documents published after the said date of filing.

"Inventiveness" means that, compared with the technology existing before the filing date of the application, the invention has prominent and substantive distinguishing features and represents a marked improvement, or the utility model possesses substantive distinguishing features and represents an improvement.

"Usefulness" means that the invention or utility model can be made or used and can produce positive results.

Article 23 No design for which patent right is to be granted may be identical with or similar to any design which, before the date of filing, has been publicly

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

disclosed in publications in the country or abroad or has been publicly used in the country, or be in conflict with any prior legal rights of any other person.

Article 24 Any invention-creation for which a patent is applied shall not lose its novelty if, within six months before the filing date of the application, one of the following events has occurred:

(1) it was exhibited for the first time at an international exhibition sponsored or recognized by the Chinese Government;

(2) it was made public for the first time at a prescribed academic or technical conference; or

(3) it was disclosed by any person without the consent of the applicant.

Article 25 For any of the following, no patent right shall be granted:

(1) scientific discoveries;

(2) rules and methods for mental activities;

(3) methods for the diagnosis or for the treatment of diseases;

(4) animal and plant varieties;

(5) substances obtained by means of nuclear transformation.

For processes used in producing products referred to in item (4) of the preceding paragraph, patent right may be granted in accordance with the provisions of this Law.

Chapter III Application for Patents

Article 26 When a patent application is filed for an invention or a utility model, relevant documents shall be submitted, including a written request, a specification and an abstract thereof, and a patent claim.

The written request shall state the title of the invention or utility model, the name of the inventor or designer, the name and address of the applicant and other related matters.

The specification shall describe the invention or utility model in a manner sufficiently clear and complete so that a person skilled in the relevant field of technology can accurately produce it; where necessary, drawings shall be appended. The abstract shall describe briefly the technical essentials of the invention or utility model.

The patent claim shall, on the basis of the specification, state the scope of the patent protection requested.

Article 27 When a patent application is filed for a design, relevant documents shall be submitted, including a written request and drawings or photographs of the

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

design; the product on which the design is to be used and the category of that product shall also be indicated.

Article 28 The date on which the patent administration department under the State Council receives the patent application documents shall be the filing date of the application. If the application documents are sent by mail, the postmark date shall be the filing date of the application.

Article 29 Where, within twelve months from the date on which any applicant first filed in a foreign country an application for a patent for invention or utility model, or within six months from the date on which any applicant first filed in a foreign country an application for a patent for design, he or it files in China an application for a patent for the same subject matter, he or it may, in accordance with any agreement concluded between the said foreign country and China, or in accordance with any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of mutual recognition of the right of priority, enjoy a right of priority.

Where, within twelve months from the date on which any applicant first filed in China an application for a patent for invention or utility model, he or it files with the patent administration department under the State Council an application for a patent for the same subject matter, he or it may enjoy a right of priority.

Article 30 Any applicant who claims the right of priority shall make a written declaration when the application is filed, and submit, within three months, a copy of the patent application documents that was first filed; if the applicant fails to make the written declaration or fails to submit a copy of the patent application documents within the time limit, the claim to the right of priority shall be deemed not to have been made.

Article 31 Each patent application for invention or utility model shall be limited to a single invention or utility model. Two or more inventions or utility models belonging to a single inventive concept may be submitted together in one application.

Each patent application for design shall be limited to a single design used on one type of product. Two or more designs used on products belonging to a single category and sold or used in sets may be submitted together in one application.

Article 32 An applicant may withdraw his or its patent application at any time before the patent right is granted.

Article 33 An applicant may amend his or its application for a patent, but the amendment to the application for a patent for invention or utility model may not go

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

beyond the scope of the disclosure contained in the initial description and the claims, and the amendment to the application for a patent for design may not go beyond the scope of the disclosure as shown in the initial drawings or photographs.

Chapter IV Examination and Approval of Patent Applications

Article 34 Where, after receiving an application for a patent for invention, the patent administration department under the State Council, upon preliminary examination, finds the application to be in conformity with the requirements of this Law, it shall publish the application promptly after the expiration of eighteen months from the date of filing. Upon the request of the applicant, the patent administration department under the State Council may publish the application earlier.

Article 35 Upon the applicant's request for an invention patent made at any time within three years from the filing date of an application, the patent administration department under the State Council may carry out substantive examination of that application. If, without any justified reason, the applicant fails to meet the time limit for requesting such substantive examination, the application shall be deemed to have been withdrawn.

The Patent administration department under the State Council may of its own accord carry out substantive examination of an application for an invention patent when it deems it necessary.

Article 36 When requesting substantive examination of an invention patent application, the applicant shall furnish reference materials concerning the invention that were available prior to the filing date of the application.

For an application for a patent for invention that has been already filed in a foreign country, the patent administration department under the State Council may ask the applicant to furnish within a specified time limit documents concerning any search made for the purpose of examining that application, or concerning the results of any examination made, in that country. If, at the expiration of the specified time limit, without any justified reason, the said documents are not furnished, the application shall be deemed to have been withdrawn.

Article 37 If, after completing the substantive examination of an invention patent application, the patent administration department under the State Council finds that the application does not conform with the provisions of this Law, it shall notify the applicant and ask him or it to state his or its observations or amend the application within a specified time limit. If, without any justified reason, the applicant fails to respond within the time limit, the application shall be deemed to have been withdrawn.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 38 If, after the applicant has stated his or its observations or made amendments, the patent administration department under the State Council still finds that the invention patent application does not conform with the provisions of this Law, it shall reject the application.

Article 39 Where it is found after examination as to substance that there is no cause for rejection of the application for a patent for invention, the patent administration department under the State Council shall make a decision to grant the patent right for invention, issue the certificate of patent for invention, and register and announce it. The patent right for invention shall take effect as of upon the date of the announcement.

Article 40 Where it is found after preliminary examination that there is no cause for rejection of the application for a patent for utility model or design, the patent administration department under the State Council shall make a decision to grant the patent right for utility model or the patent right for design, issue the relevant patent certificate, and register and announce it. The patent right for utility model or design shall take effect as of the date of the announcement.

Article 41 The patent administration department under the State Council shall set up a Patent Reexamination Board. Where an applicant for patent is not satisfied with the decision of the patent administration department under the State Council reject his or its application for patent, such applicant may, within three months from the date of receipt of the notification, request the Patent Reexamination Board to make a reexamination. The Patent Reexamination Board shall, after reexamination, make a decision and notify the applicant for patent of the decision.

Where the applicant for patent who is not satisfied with the decision of the Patent Reexamination Board, he or it may, within three months from the date of receipt of the notification, institute legal proceedings in the people's court.

Chapter V Term, Termination and Invalidation of Patent Rights

Article 42 The duration of patent right for inventions shall be twenty years, and the duration of the patent right for utility models and patent right for designs shall be ten years, counted from the date of filing.

Article 43 The patentee shall pay an annual fee beginning with the year in which his or its patent right is granted.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 44 In either of the following cases, the patent right shall be terminated prior to the expiration of its term:

- (1) if the annual fee is not paid as prescribed; or
- (2) if the patentee renounces his or its patent right by a written declaration .

The termination of a patent right shall be registered and publicly announced by the patent administration department under the State Council.

Article 45 Where, starting from the date of the announcement of the grant of a patent right by the patent administration department under the State Council, any entity or individual considers that the grant of the said patent right is not in conformity with the relevant provisions of this Law, it or he may request the Patent Reexamination Board to declare the patent right invalid.

Article 46 For any request for invalidation of a patent right, the Patent Reexamination Board shall examine it promptly, make a decision on it and notify the person who makes the request and the patentee of the decision. The decision declaring the patent right invalid shall be registered and announced by the patent administration department under the State Council.

Where the patentee or the person who makes the request for invalidation is not satisfied with the decision of the Patent Reexamination Board declaring the patent right invalid or upholding the patent right, such party may, within three months from receipt of the notification of the decision, institute legal proceedings in the people's court. The people's court shall notify the person that is the opponent party of that party in the invalidation procedure to appear as a third party in the legal proceedings.

Article 47 Any patent right which has been declared invalid shall be deemed to be non-existent from the beginning.

Prior to the declaration of the patent right invalid, the decision to declare the patent right invalid shall have no retroactive effect on any judgement or ruling of patent infringement which has been pronounced and enforced by the people's court, on any decision concerning the handling of a dispute over patent infringement which has been complied with or compulsorily executed, or on any contract of patent license or of assignment of patent right which has been performed. However, the damage caused to other persons in bad faith on the part of the patentee shall be compensated.

If, pursuant to the provisions of the preceding paragraph, the patentee or the assignor of the patent right makes no repayment to the licensee or the assignee of the patent right of the fee for the exploitation of the patent or of the price for the assignment of the patent right, which is obviously contrary to the principle of equity, the patentee or the assignor of the patent right shall repay the whole or part of the fee for the

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

exploitation of the patent or of the price for the assignment of the patent right to the licensee or the assignee of the patent right.

Chapter VI Compulsory Licence for Exploitation of a Patent

Article 48 Where any entity which is qualified to exploit the invention or utility model has made a request for authorization from the patentee of an invention or a utility model to exploit its or his patent on reasonable terms and has been unable to obtain such authorization within a reasonable period of time, the patent administration department under the State Council may, upon the application of that entity, grant a compulsory license to exploit the patent for the invention or utility model.

Article 49 Where a national emergency or an extraordinary state of affairs occurs, or where the public interest so requires, the patent administration department under the State Council may grant a compulsory license to exploit the patent for invention or utility model.

Article 50 Where the invention or utility model for which the patent right has been granted constitutes important technical advance of considerable economic significance compared with another invention or utility model for which a patent right has been granted earlier and the exploitation of the later invention or utility model depends on the exploitation of the earlier invention or utility model, the patent administration department under the State Council may, upon the request of the later patentee, grant a compulsory license to exploit the earlier invention or utility model.

Article 51 Any entity or individual applying for a compulsory licence in accordance with the provisions of this Law shall furnish proof that it or he has not been able to conclude a licensing contract on reasonable terms with the patentee.

Article 52 The decision made by the patent administration department under the State Council granting a compulsory license for exploitation shall be notified promptly to the patentee concerned, and shall be registered and announced.

In the decision granting the compulsory license for exploitation, the scope and duration of the exploitation shall be specified on the basis of the reasons justifying the grant. If and when the circumstances which lead to such compulsory license cease to exist and are unlikely to recur, the patent administration department under the State Council may, upon the request of the patentee, terminate the compulsory license after examination.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 53 Any entity or individual that is granted a compulsory licence shall not have an exclusive right to exploit the patent in question, nor shall it or he have the right to authorize exploitation of the patent by others.

Article 54 Any entity or individual that is granted a compulsory licence shall pay the patentee a reasonable exploitation fee. The amount of the fee shall be decided by both parties through consultation. Where the parties fail to reach an agreement, the patent administration department under the State Council shall make a ruling.

Article 55 Where the patentee is not satisfied with the decision of the patent administration department under the State Council granting a compulsory license for exploitation, or where the patentee or the entity or individual that is granted the compulsory license for exploitation is not satisfied with the ruling made by the patent administration department under the State Council regarding the fee payable for exploitation, he or it may, within three months from the date of receipt of the notification, institute legal proceedings in the people's court.

Chapter VII Protection of Patent Rights

Article 56 The scope of protection in the patent right for an invention or a utility model shall be determined by the contents of the patent claim. The specification and appended drawings may be used to interpret the patent claim.

The scope of protection in the patent right for a design shall be determined by the product incorporating the patented design as shown in the drawings or photographs.

Article 57 Where a dispute arises as a result of the exploitation of a patent without the authorization of the patentee, that is, the infringement of the patent right of the patentee, it shall be settled through consultation by the parties. Where the parties are not willing to consult with each other or where the consultation fails, the patentee or any interested party may institute legal proceedings in the people's court, or request the administrative authority for patent affairs to handle the matter. When the administrative authority for patent affairs handling the matter considers that the infringement is established, it may order the infringer to stop the infringing act immediately. If the infringer is not satisfied with the order, he may, within 15 days from the date of receipt of the notification of the order, institute legal proceedings in the people's court in accordance with the Administrative Procedure Law of the People's Republic of China. If, within the said time limit, such proceedings are not instituted and the order is not complied with, the administrative authority for patent affairs may approach the people's court for compulsory execution. The said authority handling the matter may, upon the request of the parties, mediate in the amount of compensation for the infringement of

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

the patent right. If the mediation fails, the parties may institute legal proceedings in the people's court in accordance with the Civil Procedure Law of the People's Republic of China.

Where any infringement dispute relates to a patent for invention for a process for the manufacture of a new product, any entity or individual manufacturing the identical product shall furnish proof to show that the process used in the manufacture of its or his product is different from the patented process. Where the infringement relates to a patent for utility model, the people's court or the administrative authority for patent affairs may ask the patentee to furnish a search report made by the patent administration department under the State Council.

Article 58 Where any person passes the patent of another person off as his own, he shall, in addition to bearing his civil liability according to law, be ordered by the administrative authority for patent affairs to make rectification, and the order shall be announced. His illegal earnings shall be confiscated and, in addition, he may be imposed a fine of not more than three times his illegal earnings and, if there is no illegal earnings, a fine of not more than RMB 50,000 yuan. Where the infringement constitutes a crime, he shall be investigated for his criminal liability.

Article 59 Where any person passes any non-patented product off as patented product or passes any non-patented process off as patented process, he shall be ordered by the administrative authority for patent affairs to make rectification, and the order shall be announced, in addition, he may be imposed a fine of not more than RMB 50,000 yuan.

Article 60 The amount of compensation for the damage caused by the infringement of the patent right shall be assessed on the basis of the losses suffered by the patentee whose right was infringed or the profits, which the infringer has earned through the infringement. If it is difficult to determine the losses which the patentee has suffered or the profits which the infringer has earned, the amount may be assessed by reference to the appropriate multiple of the amount of the exploitation fee of that patent under contractual license.

Article 61 Where any patentee or interested party has evidence to prove that another person is infringing or will soon infringe its or his patent right and that if such infringing act is not checked or prevented from occurring in time, it is likely to cause irreparable harm to it or him, it or he may, before any legal proceedings are instituted, request the people's court to adopt measures for ordering the suspension of relevant acts and the preservation of property.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

The people's court, when dealing with the request mentioned in the preceding paragraph, shall apply the provisions of Article 93 through Article 96 and of Article 99 of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China.

Article 62 The period of limitation for filing a suit concerning the infringement of a patent right shall be two years, counted from the day on which the patentee or the interested parties became aware or should have become aware of the act of infringement.

Where no appropriate fee for exploitation of the invention, subject of an application for patent for invention, during the period from the publication of the application for the patent to the grant of patent right to the said invention is paid, prescription for instituting legal proceedings by the patentee to demand the said fee is two years counted from the date on which the patentee obtains or should have obtained knowledge of the exploitation of his invention by another person. However, where the patentee has already obtained or should have obtained knowledge before the date of the grant of the patent right, the prescription shall be counted from the date of the grant.

Article 63 None of the following shall be deemed an infringement of the patent right:

(1) Where, after the sale of a patented product that was made or imported by the patentee or with the authorization of the patentee, or that was directly obtained by using the patented process, any other person uses, offers to sell or sells that product;

(2) Where, before the date of filing of the application for patent, any person who has already made the identical product, used the identical process, or made the necessary preparations for its making or using, continues to make or use it within the original scope only;

(3) Where any foreign means of transport which temporarily passes through the territory, territorial waters or territorial airspace of China uses the patent concerned, in accordance with any agreement concluded between the country to which the foreign means of transport belongs and China, or in accordance with any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of reciprocity, for its own needs, in its devices and installations;

(4) Where any person uses the patent concerned solely for the purposes of scientific research and experimentation.

Any person who, for production and business purposes, uses or sells a patented product without knowing that it was made and sold without the authorization of the patentee or that it was directly obtained by a patented process, shall not be liable to compensate for the damage of the patentee if he can prove that he obtains the product from a legitimate source.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 64 Anyone who, in violation of the provisions of Article 20 of this Law, files in a foreign country an application for a patent which divulges State secrets shall be given administrative sanction by the unit to which he belongs or by the competent department at a higher level. If the case constitutes a crime, he shall be investigated for criminal liability in accordance with law.

Article 65 Anyone who usurps the right of an inventor or designer to apply for a patent for a non-job-related invention-creation or usurps the other rights or interests of an inventor or designer prescribed in this Law shall be given administrative sanction by the unit to which he belongs or by the competent department at a higher level.

Article 66 The administrative authority for patent affairs may not take part in recommending any patented product for sale to the public or any such commercial activities.

Where the administrative authority for patent affairs violates the provisions of the preceding paragraph, it shall be ordered by the authority at the next higher level or the supervisory authority to correct its mistakes and eliminate the bad effects. The illegal earnings, if any, shall be confiscated. Where the circumstances are serious, the persons who are directly in charge and the other persons who are directly responsible shall be given disciplinary sanction in accordance with law.

Article 67 Where any State functionary working for patent administration or any other State functionary working for patent administration or any other State functionary concerned neglects his duty, abuses his power, or engages in malpractice for personal gain, which constitutes a crime, shall be investigated for his criminal liability in accordance with law. If the case is not serious enough to constitute a crime, he shall be given disciplinary sanction in accordance with law.

Chapter VIII Supplementary Provisions

Article 68 Rules for the implementation of this Law shall be formulated by the patent administration department under the State Council and submitted to the State Council for approval before they are put into effect.

Article 69 This Law shall go into effect on April 1, 1985.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Segue il testo integrale della Patent Law of the People's Republic of China entrata in vigore il 1 ottobre 2009, nella traduzione in inglese presente in Patent Law of the People's Republic of China (2008) - Third Revision of China's Patent Law – Legal texts and documents on the drafting process 2006-2008, EU-China Project on the Protection of Intellectual Property Rights (IPR2), 2009, 11-27 (http://www.ipr2.org/images/eu_patent_law-final.pdf).

Amended Patent Law (passed on 27 December 2008 and effective from 1 October 2009)

Patent Law of the People's Republic of China

(Adopted at the 4th Meeting of the Standing Committee of the Sixth National People's Congress on March 12, 1984, amended for the first time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the Seventh National People's Congress on Amending the Patent Law of the People's Republic of China at its 27th Meeting on September 4, 1992, amended for the second time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on Amending the Patent Law of the People's Republic of China adopted at its 17th Meeting on August 25, 2000, and amended for the third time in accordance with the Decision of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on Amending the Patent Law of the People's Republic of China at its 6th Meeting on December 27, 2008).

Contents

Chapter I General Provisions

Chapter II Conditions for the Grant of Patent Rights

Chapter III Application for Patents

Chapter IV Examination and Approval of Patent Applications

Chapter V Term, Termination and Invalidation of Patent Rights

Chapter VI Compulsory Licence for Exploitation of a Patent

Chapter VII Protection of Patent Rights

Chapter VIII Supplementary Provisions

Chapter I General Provisions

Article 1 This law is enacted in order to protect the legitimate rights of patentees, encourage invention-creations, promote the application of invention-creation, enhance innovative capacity, and promote scientific progress and economic social development.

Article 2 In the present Law “invention-creation” means inventions, utility models

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

and designs.

The term “invention” refers to a new technical solution put forward for a product, method or the improvement thereof.

The term “utility model” refers to a new practical technical solution for a product’s form, structure, or the combination thereof.

The term “design” means a new design of a product’s shape, pattern or the combination thereof, or the combination of its colour and shape and/or pattern, that is aesthetically pleasing and industrial applicable.

Article 3 The patent administration department under the State Council is responsible for the patent work throughout the country. It accepts and examines patent applications and grants patent rights for inventions-creations in accordance with law.

The administrative authority for patent affairs under the people’s governments of provinces, autonomous regions and municipalities directly under the Central Government are responsible for the administrative work concerning patents in their respective administrative areas.

Article 4 If an invention-creation for which a patent is applied involves national security or other vital interests of the State that require secrecy, the matter shall be treated in accordance with the relevant provisions of the State.

Article 5 No patent right shall be granted for any invention-creation that is contrary to the laws of the State or social morality or that is detrimental to the public interest.

No patent right shall be granted for any invention-creation which is completed on the basis of genetic resources of which the acquisition or use breaches the stipulations of related laws and regulations.

Article 6 An invention-creation, made by a person in execution of the tasks of the entity to which he belongs, or made by him mainly by using the material and technical means of the entity is a service invention-creation. For a service invention-creation, the right to apply for a patent belongs to the entity. After the application is approved, the entity shall be the patentee.

For a non-service invention-creation, the right to apply for a patent belongs to the inventor or creator. After the application is approved, the inventor or creator shall be the patentee.

In respect of an invention-creation made by a person using the material and technical means of an entity to which he belongs, where the entity and the inventor or creator have entered into a contract in which the right to apply for and own a patent is provided for, such a provision shall apply.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 7 No entity or individual may suppress the application of an inventor or designer for a patent in respect of an invention-creation that is not job-related.

Article 8 For an invention-creation jointly made by two or more entities or individuals, or made by an entity or individual in execution of a commission given to it or him by another entity or individual, the right to apply for a patent belongs, unless otherwise agreed upon, to the entity or individual that made, or to the entities or individuals that jointly made, the invention-creation. After the application is approved, the entity or individual that applies for it shall be the patentee.

Article 9 For any identical invention-creation, only one patent right shall be granted. However, with respect to the application of a utility model patent and invention patent for the identical invention-creation filed by the same applicant on the same day, the invention patent may be granted if this utility model patent right obtained first is still in force, and the applicant declares to abandon the obtained utility model patent that has been granted.

If two or more applicants apply separately for a patent on the same invention-creation, the patent right shall be granted to the person who applied first.

Article 10 The right to apply for a patent and the patent right itself may be assigned.

Any assignment of the right to apply for a patent or of the patent right from a Chinese entity or individual to a foreigner, foreign enterprise or other foreign organisations, shall be done in accordance with procedures in the related laws and administrative regulations.

Where the right to apply for a patent or the patent right is assigned, the parties shall conclude a written contract and register it with the patent administration department under the State Council. The patent administration department under the State Council shall announce the registration. The assignment shall take effect as of the date of registration.

Article 11 After the grant of the patent right for an invention or utility model, except where otherwise provided for in this Law, no entity or individual may, without the authorisation of the patentee, exploit the patent, that is, make, use, offer to sell, sell or import the patented product, or use the patented process, or use, offer to sell, sell or import the product directly obtained by the patented process, for production or business purposes.

After the grant of the patent right for a design, no entity or individual may, without the authorisation of the patentee, exploit the design, namely make, offer to sell,

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

sell, or import the design patented product for production or business purposes.

Article 12 Any entity or individual exploiting the patent of another shall conclude with the patentee a license contract for exploitation and pay the patentee a fee for the exploitation of the patent. The licensee has no right to authorise any entity or individual, other than that referred to in the contract for exploitation, to exploit the patent.

Article 13 After the publication of the application for a patent for invention, the applicant may require the entity or individual exploiting the invention to pay an appropriate fee.

Article 14 Where any patent for invention, belonging to any State-owned enterprise or institution, is of great significance to the interest of the State or to the public interest, the competent departments concerned under the State Council and the people's governments of provinces, autonomous regions or municipalities directly under the Central Government may, after approval by the State Council, decide that the patented invention be spread and applied within the approved limits, and allow designated entities to exploit that invention. The exploiting entity shall, according to the regulations of the State, pay a fee for exploitation to the patentee.

Article 15 (Newly added) If the co-owners of a patent application right or patent right have an agreement on the exercise of those rights, the agreement shall apply. If there is no such agreement, any co-owner may independently exploit or license others to exploit the patent through ordinary licenses; Any royalties obtained through licensing others to exploit the patent shall be distributed amongst all the co-owners.

Except for the situation provided in the above paragraph, the exercise of a jointly-owned patent application right or patent right shall be consented by all co-owners.

Article 16 The entity that is granted a patent right shall reward to the inventor or creator of a service invention-creation and, upon exploitation of the patented invention-creation, shall give the inventor or creator a reasonable remuneration based on the extent the invention-creation is applied and the economic benefits it yields.

Article 17 (Combination of Original Article 15 and 17) The inventor or designer has the right to be named as such in the patent document.

The patentee is entitled to put patent notice on the patented product or the package thereof.

Article 18 Where any foreigner, foreign enterprise or other foreign organization having no habitual residence or business office in China files an application for a patent

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

in China, the application shall be treated under this Law in accordance with any agreement concluded between the country to which the applicant belongs and China, or in accordance with any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of reciprocity.

Article 19 Where any foreigner, foreign enterprise or other foreign organization having no habitual residence or business office in China applies for a patent or has other patent matters to handle in China, he or it shall entrust a patent agency legally established to act on its or his behalf.

Any Chinese entity or individual who intends to file a patent application in China or engage in any other patent related affairs could entrust any legally established patent agency to act on its or his behalf.

The patent agency shall comply with the provisions of laws and administrative regulations, and handle patent applications and other patent matters according to the instructions of its clients. In respect of the contents of its clients' inventions-creations, except for those that have been published or announced, the agency shall bear the responsibility of keeping them confidential. The administrative regulations governing the patent agency shall be formulated by the State Council.

Article 20 Any entity or individual intending to file a patent application in a foreign country for an invention-creation made in China, shall apply in advance for a confidentiality examination conducted by the patent administrative department under the State Council. The procedures and duration regarding the confidentiality examination shall be enforced in accordance with the State Council regulations.

Any Chinese entity or individual may file an international application for a patent in accordance with any international treaty concerned to which China is party. The applicant filing an international application for a patent shall comply with the provisions of the preceding paragraph.

The patent administration department under the State Council shall handle any international application for patent in accordance with the international treaty concerned to which China is party, this Law and the relevant regulations of the State Council.

Any foreign patent application that violates the provision of the first paragraph of this Article will not be granted a patent right if the patent is applied for in China.

Article 21 The patent administration department under the State Council and the Patent Reexamination Board under the department shall handle any patent application and patent-related request according to law and in conformity with the requirements for being objective, fair, correct and timely.

The patent administrative department under the State Council shall completely, correctly and timely publish patent information in the the patent gazette on a regular

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

basis.

Until the publication or announcement of the application for a patent, staff members of the patent administration department under the State Council and other persons involved have the duty to keep its content secret.

Chapter II Conditions for the Grant of Patent Rights

Article 22 Any invention or utility model for which a patent right may be granted must possess the characteristics of novelty, inventiveness and usefulness.

"Novelty" means that the invention or utility model shall neither belong to the prior art, nor has any entity or individual previously filed before the date of filing with the patent administrative department under the State Council an application on an identical invention or utility model which was recorded in patent application documents or other gazetted patent documents published after the said date of filing.

"Inventiveness" means that, compared with the prior art the invention has prominent and substantive distinguishing features and represents a marked improvement, or the utility model possesses substantive distinguishing features and represents an improvement.

"Usefulness" means that the invention or utility model can be made or used and can create positive results.

The "prior art" referred to in this Law refers to any technology known to the public before the filing date of the patent application in China or abroad.

Article 23 Any design for which a patent right may be granted must not belong to an prior design; nor has any entity or individual previously filed before the date of filing with the patent administration department under the State Council an application on an identical design which was published in patent documents published after the said date of filing.

The design for which a patent right may be granted must be substantially different from prior designs or a combination of the features of prior designs.

Any design for which a patent right may be granted must not be in conflict with any prior legal rights of any other person.

The prior design referred to in this Law means any design known to the public before the filing date of the patent application in China or abroad.

Article 24 Any invention-creation for which a patent is applied shall not lose its novelty if, within six months before the filing date of the application, one of the following events has occurred:

(1) it was exhibited for the first time at an international exhibition sponsored or recognized by the Chinese Government;

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

(2) it was made public for the first time at a prescribed academic or technical conference; or

(3) it was disclosed by any person without the consent of the applicant.

Article 25 For any of the following, no patent right shall be granted:

(1) scientific discoveries;

(2) rules and methods for mental activities;

(3) methods for the diagnosis or for the treatment of diseases;

(4) animal and plant varieties;

(5) substances obtained by means of nuclear transformation.

(6) two dimensional designs of images, colours or combinations of the two that mainly serve as indicators.

For processes used in producing products referred to in item (4) of the preceding paragraph, patent right may be granted in accordance with the provisions of this Law.

Chapter III Application for Patents

Article 26 Where a patent application for invention or utility model is filed, a request, a specification and its abstract, and claims shall be submitted.

The written request shall state the title of the invention or utility model, the name of the inventor, the name and address of the applicant and other related matters.

The specification shall describe the invention or utility model in a manner sufficiently clear and complete so that a person skilled in the relevant field of technology can accurately produce it; where necessary, drawings shall be appended. The abstract shall describe briefly the technical essentials of the invention or utility model.

The patent claim shall, on the basis of the specification, clearly and briefly specify the scope of the patent protection claimed.

An applicant who files a patent application for an invention-creation completed on the basis of genetic resources shall in the patent application document indicate the direct and indirect source of the genetic resources; the applicant unable to indicate the original source of the genetic resource must provide an explanation.

Article 27 When a patent application is filed for a design, documents including a request, drawings or photographs of the design as well as a brief explanation of the design and other relevant documents should be submitted.

The drawings or photographs submitted by the applicant should clearly indicate the design sought to be protected by the patent.

Article 28 The date on which the patent administrative department under the State

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Council receives the patent application documents shall be the date of filing. If the application documents are sent by mail, the postmark date shall be the filing date of the application.

Article 29 Where, within twelve months from the date on which any applicant first filed in a foreign country an application for a patent for invention or utility model, or within six months from the date on which any applicant first filed in a foreign country an application for a patent for design, he or it files in China an application for a patent for the same subject matter, he or it may, in accordance with any agreement concluded between the said foreign country and China, or in accordance with any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of mutual recognition of the right of priority, enjoy a right of priority.

Where, within twelve months from the date on which any applicant first filed in China an application for a patent for invention or utility model, he or it files with the patent administrative department under the State Council an application for a patent for the same subject matter, he or it may enjoy a right of priority.

Article 30 Any applicant who claims the right of priority shall make a written declaration when the application is filed, and submit, within three months, a copy of the patent application documents that was first filed; if the applicant fails to make the written declaration or fails to submit a copy of the patent application documents within the time limit, the claim to the right of priority shall be deemed not to have been made.

Article 31 Each patent application for invention or utility model shall be limited to a single invention or utility model. Two or more inventions or utility models belonging to a single inventive concept may be submitted together in one application.

Each patent application for design shall be limited to a single design. Two or more similar designs used on the same product, or two or more designs used on the products belonging to a single category and sold or used in sets may be submitted together in one application.

Article 32 An applicant may withdraw the patent application at any time before the patent right is granted.

Article 33 An applicant may amend his or its application for a patent, but the amendment to the application for a patent for invention or utility model may not go beyond the scope of the disclosure contained in the initial description and the claims, and the amendment to the application for a patent for design may not go beyond the scope of the disclosure as shown in the initial drawings or photographs.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Chapter IV Examination and Approval of Patent Applications

Article 34 Where, after receiving an application for a patent for invention, the patent administrative department under the State Council, upon preliminary examination, finds the application to be in conformity with the requirements of this Law, it shall publish the application promptly after the expiration of eighteen months from the date of filing. Upon the request of the applicant, the patent administrative department under the State Council may publish the application earlier.

Article 35 Upon the applicant's request for an invention patent made at any time within three years from the filing date of an application, the patent administrative department under the State Council may carry out substantive examination of that application. If, without any justified reason, the applicant fails to meet the time limit for requesting such substantive examination, the application shall be deemed to have been withdrawn.

The Patent administrative department under the State Council may of its own accord carry out substantive examination of an application for an invention patent when it deems it necessary.

Article 36 When requesting substantive examination of an invention patent application, the applicant shall furnish reference materials concerning the invention that were available prior to the filing date of the application.

For an patent application for an invention that has been already filed in a foreign country, the patent administrative department under the State Council may ask the applicant to furnish within a specified time limit documents concerning any search made for the purpose of examining that application, or concerning the results of any examination made, in that country. If, at the expiration of the specified time limit, without any justified reason, the said documents are not furnished, the application shall be deemed to have been withdrawn.

Article 37 Where the Patent Administrative Department Under the State Council, after it has made the examination as to substance of the application for a patent for invention, finds that the application is not in conformity with the provisions of this Law, it shall notify the applicant and request him or it to submit, within a specified time limit, his or its observations or to amend the application. If, without any justified reason, the time limit for making response is not met, the application shall be deemed to have been withdrawn.

Article 38 If after the applicant has made the observations or amendments, the patent administrative department under the State Council finds that the application for a

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

patent for invention is still not in conformity with the provisions of this Law, the application shall be rejected.

Article 39 Where it is found after examination as to substance that there is no cause for rejecting the patent application for a invention, the patent administrative department under the State Council shall make a decision to grant the patent right for invention, issue the certificate of patent for invention, and register and announce it. The patent right for invention shall take effect as of upon the date of the announcement.

Article 40 Where it is found after preliminary examination that there is no cause for rejection of the application for a patent for utility model or design, the patent administrative department under the State Council shall make a decision to grant the patent right for utility model or the patent right for design, issue the relevant patent certificate, and register and announce it. The patent right for utility model or design shall take effect as of the date of the announcement.

Article 41 The patent administrative department under the State Council shall set up a Patent Reexamination Board. Where an applicant is not satisfied with the decision to reject his or its application for patent issued by the patent administrative department under the State Council, such applicant may, within three months from the date of receiving the notification, request the Patent Reexamination Board to make a reexamination. The Patent Reexamination Board shall, after reexamination, make a decision and notify the patent applicant of the decision.

Where the patent applicant who is not satisfied with the decision of the Patent Reexamination Board, the applicant could, within three months from the date of receiving the notification, bring suit before the people's court.

Chapter V Term, Termination and Invalidation of Patent Rights

Article 42 The duration of patent right for inventions shall be twenty years, and the duration of the patent right for utility models and patent right for designs shall be ten years, counted from the date of filing.

Article 43 The patentee shall pay an annual fee beginning with the year in which the patent right is granted.

Article 44 In either of the following cases, the patent right shall be terminated prior to the expiration of its term:

- (1) if the annual fee is not paid as prescribed; or
- (2) if the patentee renounces his or its patent right by a written declaration.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

The termination of a patent right shall be registered and publicly announced by the patent administrative department under the State Council.

Article 45 Where, starting from the date of the announcement of the grant of a patent right by the patent administrative department under the State Council, any entity or individual considers that the grant of the said patent right is not in conformity with the relevant provisions of this Law, it or he may request the Patent Reexamination Board to declare the patent right invalid.

Article 46 For any request for invalidation of a patent right, the Patent Reexamination Board shall examine it promptly, make a decision on it and notify the person who makes the request and the patentee of the decision. The decision declaring the patent right invalid shall be registered and announced by the patent administrative department under the State Council.

Where the patentee or the person who makes the request for invalidation is not satisfied with the decision of the Patent Reexamination Board declaring the patent right invalid or upholding the patent right, such party may, within three months from receipt of the notification of the decision, institute legal proceedings in the people's court. The people's court shall notify the person that is the opponent party of that party in the invalidation procedure to appear as a third party in the legal proceedings.

Article 47 Any patent right which has been declared invalid shall be deemed to be non-existent from the beginning.

The decision declaring the patent right invalid shall have no retroactive effect on any judgment or mediation decision concerning patent infringement which has been issued and enforced by the people's court, as well as on any decision concerning disputes of patent infringement which has been enforced or compulsorily executed, or on any contract of patent license or assignment of patent right which has been performed prior to the declaration of the patent right being invalid. However, the damage caused to other persons in bad faith on the part of the patentee shall be compensated.

If, pursuant to the provisions of the preceding paragraph, the patentee or the assignor of the patent right does not refund the damages for patent infringement, royalty fee for patent exploitation or patent assignment, which is obviously contrary to the principle of equity, the whole or part of above-mentioned fees should be refunded.

Chapter VI Compulsory Licence for Patent Exploitation

Article 48 In any of the following cases, the patent administrative department under the State Council may, upon the application of that entity or individual, grant a

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

compulsory license to exploit the patent for the invention or utility model.

(1) where the patentee after the expiration of three years from the date of granting the patent right, and the expiration of four years from the date of filing, has not exploited the patent or has not sufficiently exploited the patent without any justified reasons;

(2) where it has been legally determined that the enforcement of the patent right by the patentee is an act of monopoly, to avoid or to eliminate the adverse effects caused to competition.

Article 49 Where a national emergency or an extraordinary state of affairs occurs, or where the public interest so requires, the patent administrative department under the State Council may grant a compulsory license to exploit the patent for invention or utility model.

Article 50 (Newly added) For the purpose of public health, the patent administrative department under the State Council may grant a compulsory license to manufacture a drug which has been granted a patent right in China and to export it to the countries or regions specified in related international conventions in which China is a contracting member.

Article 51 Where the invention or utility model for which the patent right has been granted constitutes important technical advance of considerable economic significance compared with another invention or utility model for which a patent right has been granted earlier and the exploitation of the later invention or utility model depends on the exploitation of the earlier invention or utility model, the patent administrative department under the State Council may, upon the request of the later patentee, grant a compulsory license to exploit the earlier invention or utility model.

Where, according to the preceding paragraph, a compulsory license is granted, the patent administrative department under the State Council may, upon the request of the earlier patentee, also grant a compulsory license to exploit the later invention or utility model.

Article 52 (Newly added) Where the invention-creation covered by the compulsory license relates to semi-conductor technology, the exploitation under the compulsory license is limited to the use for the purpose of public interest and the conditions specified in Article 48(2).

Article 53 (Newly added) Except as otherwise provided for in Article 48(2) and 50 of this Law, the compulsory license is used mainly for the supply of the domestic market.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 54 (Original Article 51) Any entity or individual applying a compulsory license in accordance with the provisions of Article 48(1) or Article 51 of this Law, shall provide proof that it or he has made requests for a license to the patentee to exploit the patent on reasonable conditions but was not licensed within a reasonable period of time.

Article 55 The decision made by the patent administrative department under the State Council granting a compulsory license for exploitation shall be notified promptly to the patentee concerned, and shall be registered and announced.

In the decision granting the compulsory license for exploitation, the scope and duration of the exploitation shall be specified on the basis of the reasons justifying the grant. If and when the circumstances which lead to such compulsory license cease to exist and are unlikely to recur, the patent administrative department under the State Council may, upon the request of the patentee, terminate the compulsory license after examination.

Article 56 Any entity or individual that is granted a compulsory licence shall not have an exclusive right to exploit the patent in question, nor shall it or he have the right to authorise exploitation of the patent by others.

Article 57 (Original Article 54) Any entity or individual that is granted a compulsory licence shall pay the patentee a reasonable royalty fee for patent exploitation or handle the exploitation fee issue in accordance to the relevant provisions of international conventions in which China participates. The amount of the fee shall be decided by both parties upon consultation. Where the parties fail to reach an agreement, the patent administrative department under the State Council shall make a ruling.

Article 58 Where the patentee is not satisfied with the decision issued by patent administrative department under the State Council on granting a compulsory license for patent exploitation, or where the patentee or the entity or individual that is granted the compulsory license for patent exploitation is not satisfied with the ruling made by the patent administrative department under the State Council regarding the royalty fee for exploitation, he or it may, within three months from the date upon receiving the notification, file suit to the people's court.

Chapter VII Protection of Patent rights

Article 59 (Original Article 56) The scope of protection for an invention patent or a utility model patent shall be determined on the basis of the patent claim which may be

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

explained by use of the specification and appended drawings.

The scope of protection for a design patent shall be determined by the product's design shown in the drawings or photographs. The brief statement of the patent could be used to interpret the design of the product shown in the drawings or photographs.

Article 60 Where a dispute arises as a result of the exploitation of a patent without the authorization of the patentee, that is, the infringement of the patent right of the patentee, it shall be settled through consultation by the parties. Where the parties are not willing to consult with each other or where the consultation fails, the patentee or any interested party may institute legal proceedings in the people's court, or request the administrative authority for patent affairs to handle the matter. When the administrative authority for patent affairs handling the matter considers that the infringement is established, it may order the infringer to stop the infringing act immediately. If the infringer is not satisfied with the order, he may, within 15 days from the date of receipt of the notification of the order, institute legal proceedings in the people's court in accordance with the Administrative Procedure Law of the People's Republic of China. If, within the said time limit, such proceedings are not instituted and the order is not complied with, the administrative authority for patent affairs may approach the people's court for compulsory execution. The said authority handling the matter may, upon the request of the parties, mediate in the amount of compensation for the infringement of the patent right. If the mediation fails, the parties may institute legal proceedings in the people's court in accordance with the Civil Procedure Law of the People's Republic of China.

Article 61 (Original para 57(2)) Where any infringement dispute involves a invention patent for a process for the manufacture of a new product, any entity or individual manufacturing the identical product shall furnish proof to show that the process used in the course of producing its or his product is different from the patented process.

Where the infringement relates to a utility model patent or design patent, the people's court or the patent administrative authority may require the patentee to furnish a patent evaluation report issued by the patent administrative department under the State Council after searching, analyzing and evaluating the patent which may be used as evidence to determine or settle patent disputes.

Article 62 (Newly added) During a patent infringement dispute, if the alleged infringer has evidence proving its or his technology or design belongs to the prior art or is a prior design, it will not constitute patent infringement.

Article 63 Where any person passes off others' patent, the infringer shall, in

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

addition to bearing the civil liability according to law, amend his act ordered publicly by the patented related administrative authority. The illegal earnings shall be confiscated and a fine will be imposed of not more than four times of the illegal earnings; if there are no illegal earnings, the fine will not be more than RMB 200,000 yuan; where the infringement constitutes a crime, the infringer shall be liable for criminal liability.

Article 64 (Newly added) The relevant patent administrative authority may, based on the evidence it obtains, query the related parties and conduct investigations concerning infringing activities when investigating the suspected passing-off matters; and may examine the place where the suspected infringement took place; view, reproduce any contracts, invoices, books and other materials related to the suspected infringement; examine the products related to suspected infringement, and may seal up or seize the products which has been proved to pass off patent rights.

The parties should neither reject nor interfere the legal performance of duty by the patent related administrative authority, and should to assist and cooperate.

Article 65 The amount of compensation for the damage caused by patent infringement shall be assessed on the basis of the loss actually suffered by the patentee, or the profits which the infringer has earned through the infringement if it is difficult to specify the above loss. If it is difficult to determine the losses which the patentee has suffered or the profits which the infringer has earned, the amount may be assessed by reference to the appropriate multiple of the amount of the royalty fee for patent exploitation. The amount of damage shall include the reasonable costs incurred for stopping the patent infringement.

If it is difficult to determine the losses which the patentee has suffered, the profits which the infringer has earned, or the loyalty fee for patent exploitation, the people's court may award damages no less than 10,000 yuan and no more than 1,000,000 yuan depending on the type of patent right, the nature and gravity of the infringing act etc.

Article 66 (Original Article 61) Where any patentee or interested party has evidence to prove that another person is infringing or will soon infringe its or his patent right and that if such infringing act is not checked or prevented from occurring in time, it is likely to cause irreparable harm to it or him, it or he may, before filing a suit, apply to the people's court for an order to stop the relevant acts.

The applicant shall provide a guarantee for the above-mentioned motions; if the applicant does not provide a bond, the application shall be rejected.

Upon receiving the request, the people's court shall make a ruling within 48 hours where there are special circumstances that require extension, the court may extend the 48 hours. If a ruling is made to stop the related acts, this ruling should be enforced immediately. If the parties are not satisfied with the ruling, they could apply for a one-

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

time review; the enforcement of the ruling will not be suspended during the course of review.

If the applicant does not file a lawsuit within 15 days after the people's court issued an order to stop related acts, the people's court shall withdraw the prior ruling.

If the application is in error, the applicant shall compensate to the opposite party for losses caused by stopping the relevant acts.

Article 67 (Newly added) In order to prevent infringing activities, under the circumstance that the evidence might be destroyed or later be difficult to obtain, the patentee or a related injured party may before filing a law suit apply to the people's court for evidence preservation.

The people's court may order the applicant to provide a guarantee for the application of evidence preservation, and if no guarantee is provided by the applicant, reject the application.

Upon accepting the request, the people's court shall make a ruling within 48 hours; If the court rules to preserve evidence, this ruling should be enforced immediately.

If the applicant does not file a lawsuit within 15 days after the people's court issued an order to preserve evidence, the people's court shall withdraw the prior ruling.

Article 68 The period of limitation for filing a suit concerning the infringement of a patent right shall be two years, counted from the day on which the patentee or the interested parties became aware or should have become aware of the act of infringement.

Where no appropriate fee for exploitation of the invention, subject of an application for patent for invention, during the period from the publication of the application for the patent to the grant of patent right to the said invention is paid, prescription for instituting legal proceedings by the patentee to demand the said fee is two years counted from the date on which the patentee obtains or should have obtained knowledge of the exploitation of his invention by another person. However, where the patentee has already obtained or should have obtained knowledge before the date of the grant of the patent right, the prescription shall be counted from the date of the grant.

Article 69 None of the following shall be deemed an infringement of the patent right:

(1) Where, after the sale of a patented product or products directly obtained by using the patented process, which was made by the patentee or an entity/individual authorized by the patentee, any other person uses, offers to sell, sells or imports that product;

(2) Before the date of filing the patent application, any person who has already

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

made the identical product, used the identical process, or made the necessary preparations for its making or using, continues to make or use it within the original scope only;

(3) Where any foreign means of transport which temporarily passes through the territory, territorial waters or territorial airspace of China uses the patent concerned, in accordance with any agreement concluded between the country to which the foreign means of transport belongs and China, or in accordance with any international treaty to which both countries are party, or on the basis of the principle of reciprocity, for its own needs, in its devices and installations;

(4) Where any person uses the patent concerned solely for the purposes of scientific research and experiments.

(5) For the purpose of providing the information needed for the administrative approval, manufacture, use, import of a drug or a medical apparatus, and exclusively for such manufacture any import of a patented drug or a patented medical apparatus.

Article 70 (Original last para of Art 63) Any person, who, for business purposes, uses, offers to sell or sells a patented product without knowing that it was made and sold without the authorization of the patentee, shall not be liable for any damages if he can prove that he obtained the product from a legitimate source.

Article 71 Anyone who, in violation of the provisions of Article 20 of this Law, files in a foreign country an application for a patent which divulges State secrets shall be given administrative sanction by the unit to which he belongs or by the competent department at a higher level. If the case constitutes a crime, he shall be investigated for criminal liability in accordance with law.

Article 72 Anyone who usurps the right of an inventor or designer to apply for a patent for a non-job-related invention-creation or usurps the other rights or interests of an inventor or designer prescribed in this Law shall be given administrative sanction by the unit to which he belongs or by the competent department at a higher level.

Article 73 The administrative authority for patent affairs may not take part in recommending any patented product for sale to the public or any such commercial activities.

Where the administrative authority for patent affairs violates the provisions of the preceding paragraph, it shall be ordered by the authority at the next higher level or the supervisory authority to correct its mistakes and eliminate the bad effects. The illegal earnings, if any, shall be confiscated. Where the circumstances are serious, the persons who are directly in charge and the other persons who are directly responsible shall be given disciplinary sanction in accordance with law.

DIRITTO INDUSTRIALE

LA LEGGE CINESE SUI BREVETTI

Article 74 Where any State functionary working for patent administration or any other State functionary working for patent administration or any other State functionary concerned neglects his duty, abuses his power, or engages in malpractice for personal gain, which constitutes a crime, shall be investigated for his criminal liability in accordance with law. If the case is not serious enough to constitute a crime, he shall be given disciplinary sanction in accordance with law.

Chapter VIII Supplementary Provisions

Article 75 Rules for the implementation of this Law shall be formulated by the patent administrative department under the State Council and submitted to the State Council for approval before they are put into effect.

Article 76 This Law shall go into effect on April 1, 1985.

BREVI OSSERVAZIONI SULLO STATUTO DELLA “SOCIETA’ PRIVATA EUROPEA”

L’Autore prende in esame la proposta di Regolamento per disciplinare la futura “Società Privata Europea”, analizzando lo schema normativo di forma societaria proposto.

di **LUDOVICO MONFORTE**

Il Consiglio Competitività, tenutosi a Bruxelles il 30 e il 31 maggio 2011, ha analizzato la proposta di Regolamento per disciplinare la futura “*Società Privata Europea*”, anche definita “*Societas Privata Europaea*” (SPE). Il Consiglio non ha raggiunto l’unanimità necessaria per l’approvazione della proposta, nonostante lo sforzo compiuto dalla Presidenza ungherese per raggiungere un compromesso, modificando il progetto di Regolamento presentato dalla Commissione Europea nel 2008.

La proposta s’inserisce all’interno di una strategia più ampia per il rilancio della competitività delle piccole e medie imprese, che comprende il “*Single Market Act*”, una Comunicazione della Commissione contenente 50 proposte finalizzate a migliorare il funzionamento del mercato interno, e lo “*Small Business Act*”, incentrato sullo sviluppo della competitività delle PMI, di cui questo regolamento costituirebbe un punto fondamentale.

La proposta si pone diversi obiettivi: tende innanzitutto a riavvicinare le normative nazionali, uniformando un ampio spettro di leggi, forme societarie e regimi differenti di diritto societario nazionali; in secondo luogo mira a ridurre i costi di creazione e di gestione di una società, legati a tali disparità normative, creando uno strumento che sia il più possibile uniforme, ma che garantisca allo stesso tempo un alto livello di flessibilità e di certezza del diritto, per tutelare adeguatamente i soci, i creditori, i dipendenti ed i terzi in generale. Il “*Single Market Act*”¹ evidenzia come la

¹ “COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Verso un atto per il mercato unico, Per un’economia sociale di mercato altamente competitiva - 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato”, COM(2010) 608 definitivo, Bruxelles, 27.10.2010.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

frammentazione del mercato unico costituisca un onere considerevole per le PMI, in quanto ritarda gli investimenti, limita le economie di scala e le sinergie e introduce ostacoli all'ingresso sui mercati.

L'obiettivo è di fornire uno schema normativo di forma societaria, che presenti in ciascuno Stato Membro il minor numero possibile di differenze. Il Regolamento pertanto risulta essere un delicato equilibrio tra il diritto comunitario, quello nazionale e la sfera di autonomia contrattuale dei soci. Per contemperare tutte queste esigenze, la SPE sarà disciplinata da diverse fonti normative: la proposta esclude dal novero delle materie trattate dal Regolamento il diritto del lavoro, la fiscalità, la contabilità e il diritto contrattuale. Oltre agli ambiti appena elencati, è affidata al diritto nazionale degli Stati membri la disciplina di tutti gli aspetti non previsti dal Regolamento o esclusi dal novero delle materie inserite nell'allegato I. Inoltre, negli ambiti elencati nel suddetto allegato, qualora i soci non si avvalessero, o si avvalessero solo in parte, dell'autonomia statutaria loro riconosciuta, il diritto nazionale verrebbe a supplire in caso di omissioni. Benché il Regolamento delinea i tratti caratteristici, esso lascia ai soci ampia autonomia nell'ambito delle materie elencate all'art.8, comma 1, nel quale si elencano gli elementi da includere nell'Atto Costitutivo. Nell'ultima versione presentata è stato inoltre inserito il comma 1bis, allargando ulteriormente l'ambito di autonomia statutaria, prevedendo alcune "materie sulle quali possono essere inserite disposizioni nell'atto costitutivo", elencate nell'allegato I. L'ampiezza dell'autonomia statutaria prevista dalla proposta è stata una delle principali critiche avanzate, in particolare dalla delegazione tedesca. Si sosteneva che la "quasi illimitata" autonomia statutaria non fosse controbilanciata da adeguati controlli esterni, che garantissero la necessaria trasparenza ed evitassero comportamenti commerciali scorretti.

A dire il vero, le critiche da parte della Germania avevano carattere strutturale: si sosteneva, infatti, che l'assenza nella proposta del requisito di transnazionalità mettesse in discussione la competenza della Commissione in materia, andando ad incidere su questioni puramente interne ai singoli Stati membri ed esulando pertanto da quanto previsto dall'art. 308 del Trattato. Nella risoluzione approvata il 10 ottobre 2008 dal *Bundesrat*, si criticava duramente la Proposta, condannando "l'obiettivo di creare una forma deregolata di GmbH". Anche in seguito agli emendamenti avanzati dal Parlamento Europeo, nella successiva versione è stato totalmente riformulato l'articolo 3, nel quale si contemplan "le principali caratteristiche della SPE", inserendo uno specifico § 3, introducendo il principio di transnazionalità, precedentemente assente. In particolare s'introducono quattro presunzioni di transnazionalità, cioè quattro situazioni, che dimostrano "l'esistenza di una componente transnazionale della SPE". Senza entrare nel merito della discutibilità delle presunzioni suddette, che includono nel novero degli elementi caratterizzanti "l'intenzione di operare" o "l'attività di carattere transnazionale" (stando alla lettera potrebbe pertanto bastare la mera intenzione di vendere all'estero), ma quello che desta maggiore perplessità sul punto è il fatto che tale

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

elemento non è posto come *conditio sine qua non*, tanto che da nessuna parte è prevista una sanzione in caso di inottemperanza o alcuna procedura di controllo, ma se ne postula l'esistenza senza collegarvi alcun effetto.

L'iter della Proposta fino a questo momento è stato abbastanza travagliato: la prima versione della proposta di Regolamento fu trasmessa al Consiglio il 27 giugno 2008. Il Parlamento Europeo adottò il suo parere il 10 marzo 2009, modificando il testo con 79 emendamenti, e il 4 dicembre dello stesso anno essa approdò al Consiglio Competitività. In quell'occasione, nonostante il tentativo di mediazione da parte della presidenza svedese, non si raggiunse un accordo e il testo fu riesaminato prima dagli addetti legali delle varie delegazioni il 24 gennaio, 18 febbraio ed il 13 maggio 2011, infine fu riesaminato dal Comitato dei Rappresentanti Permanenti il 30 marzo e il 18 maggio 2011, prima di approdare di nuovo in Consiglio Competitività il 30 maggio scorso, con un nuovo testo, frutto della mediazione della presidenza ungherese. Anche in questo caso non si è raggiunta l'unanimità, soglia necessaria affinché sia approvata la proposta. Sebbene sia stato trovato un accordo su gran parte del testo riveduto², le delegazioni divergono ancora su alcuni punti, strettamente connessi alle seguenti questioni:

- Sede della SPE
- Requisito patrimoniale minimo
- Partecipazione dei dipendenti.

Sede della SPE. La proposta prevedeva la possibilità per la SPE di avere la sede legale e l'amministrazione centrale in due Stati differenti, a patto che essi fossero all'interno dell'UE. Sul punto convergono le opinioni di molte delegazioni, ma alcune ritengono che tale facoltà debba essere negata. Alcune delegazioni infine vorrebbero che la questione fosse regolata interamente dal diritto nazionale. Si è provveduto pertanto ad aggiungere una considerazione iniziale (che in seguito definiremo come "*considerando*"), la 6 bis, in cui si enuncia che "dovrebbe essere il diritto nazionale ... a determinare se la sede legale e l'amministrazione centrale o sede operativa principale della SPE debbano trovarsi nel territorio dello stesso Stato Membro". Viene inoltre affidato allo Stato membro, nel cui territorio è stabilita la SPE, il compito di predisporre tutte le misure appropriate, in conformità alla normativa dell'Unione, affinché la stessa non venga creata, sviando le procedure costitutive, al fine di sottrarsi agli obblighi imposti da detto Stato membro. Alcuni punti destano perplessità: se la definizione di sede legale è chiara, non altrettanto lo è la definizione di amministrazione centrale (si fa riferimento al luogo dove risiede il presidente o l'organo amministrativo?) e quella di sede operativa principale (pensiamo ad una multinazionale con una

² Doc. 9713/11

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

complessa organizzazione logistico - operativa o ad una holding finanziaria). Tale impasse viene peraltro elusa nel testo, affidando i suddetti compiti di vigilanza, dai contorni peraltro molto nebulosi, in capo allo Stato membro, all'interno dei cui confini si sia “*stabilita*” la SPE, aggirando, con l'utilizzo di questo termine, il problema appena sollevato. Considerando che è esplicitamente prevista la possibilità di trasferire liberamente la sede legale³ da uno Stato Membro all'altro, per consentire alle imprese di godere appieno dei benefici del mercato unico e favorendo nel contempo la creazione di una sana concorrenza tra differenti ordinamenti legali, alcune delegazioni ritengono che la facoltà di scindere la sede legale dall'amministrazione centrale non risponda ad esigenze di competitività, ma risponda esclusivamente all'intenzione di eludere la legge, utilizzando di volta in volta i regimi giuridico – fiscali maggiormente favorevoli, mantenendo contemporaneamente inalterata la struttura aziendale.

La SPE può essere creata ex nihilo, oppure può essere il risultato di una trasformazione di entità nazionali esistenti o di una fusione, così come auspicato dal *considerando* 7. Utilizziamo il termine “auspicato”, in quanto è da notarsi che il modo verbale utilizzato in questo *considerando* è solo il condizionale (“dovrebbero consentire”, “dovrebbero applicarsi”, “dovrebbe essere disciplinata”, etc.). La formazione della SPE, in caso di fusione, dovrebbe essere disciplinata dal diritto nazionale. Nel caso di una fusione transfrontaliera bisogna far riferimento alla disciplina prevista dalla “*Direttiva relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*”⁴ del 2005, la quale sancisce che il diritto applicabile, in questo caso è il diritto nazionale competente per la società derivante da detta fusione. Il procedimento si complica parecchio, qualora i lavoratori avessero diritti di partecipazione in una delle società che procedono alla fusione, come avremo modo di analizzare successivamente. Non è inoltre consentito trasferire la sede legale da uno Stato membro ad un altro, contestualmente alla formazione di una SPE mediante trasformazione, così come previsto dal nuovo *considerando* 7 bis. Nel nuovo testo infine scompare l'accento alla possibilità di creare una SPE mediante scissione di una precedente società.

Il trasferimento della sede legale è trattato in dettaglio nel Capo VII, agli articoli 36, 37 e 38.

Per quanto riguarda l'art. 36 (il vecchio 35), è stato riformulato solo il § 4, nel quale si specifica che il trasferimento della sede legale dispiega i propri effetti, ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi, solo relativamente alle controversie sorte successivamente al trasferimento stesso. Per quelle sorte anteriormente, anche se la chiamata in giudizio è successiva, si applicherà il diritto dello Stato di origine. Rimane

³ Così come menzionato nel Considerando 4 della proposta di Regolamento.

⁴ Direttiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, L. 310/2.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

invece immutato il divieto di trasferire la sede legale per le SPE, nei cui confronti si sono avviati procedimenti di scioglimento, liquidazione, insolvenza, sospensione dei pagamenti o procedimenti simili.

Anche l'art. 37, che disciplina la procedura di trasferimento, presenta alcune piccole differenze: nella proposta di trasferimento, l'organo di gestione deve includere anche la menzione dei "diritti eventualmente previsti a tutela dei soci e/o creditori" (lettera *f* bis). Viene invece soppressa la lettera *g*, che trattava le misure in merito al trasferimento dell'amministrazione centrale o della sede operativa, venendone meno la *raison d'être*. Da notare che, a differenza del testo precedente, in cui si utilizzava il termine "azionisti", nella nuova versione si fa riferimento al termine "soci"⁵, così come al § 2 dello stesso articolo.

Ha subito delle sostanziali modifiche invece l'art. 38 (ex 37), che si occupa del controllo della legittimità del trasferimento. La versione originaria prevedeva che ciascuno Stato membro designasse "un'autorità competente", che controllasse la legittimità del trasferimento e il rispetto della procedura prevista. L'autorità dello Stato membro ospitante, dopo aver verificato il corretto espletamento degli obblighi previsti dal regolamento, rilasciava un attestato. La SPE, entro 30 giorni dalla ricezione del suddetto attestato, doveva produrre tutti i documenti richiesti dal regolamento, considerati sufficienti per consentire la registrazione nello Stato; l'autorità dello Stato ospitante, entro 14 giorni dalla ricezione della documentazione, dopo aver verificato che "le condizioni sostanziali e formali richieste per il trasferimento" fossero state rispettate, procedeva alla registrazione. Solo in caso di mancato rispetto delle suddette condizioni lo Stato membro ospitante poteva rifiutarsi di registrare la SPE (art. 37 § 5).

Nel nuovo testo è stato introdotto il § 2 bis, che prevede le seguenti novità:

- La possibilità di opporsi al trasferimento, da parte dell'autorità competente dello Stato membro di origine, "*soltanto per motivi di interesse pubblico*", nel termine massimo di un mese.

- La possibilità, da parte di un'autorità nazionale di vigilanza finanziaria, di sottoporre a controlli la SPE e di opporsi al trasferimento, nel caso lo ritenga opportuno.

- Tali opposizioni però devono "*poter formare oggetto di impugnazione di fronte ad un'autorità giudiziaria*".

Nella nuova formulazione del § 4, l'autorità competente dello Stato membro ospitante, oltre a controllare il rispetto della procedura, procede anche a controllare che siano rispettate "*le pertinenti disposizioni legislative dello Stato membro ospitante*".

⁵ Tale elemento è stato rilevato in precedenza da altri autori. Cfr. R. Weigmann, "Verso un diritto societario europeo. Introduzione", *Il Nuovo Diritto delle Società*, n.1/2010.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

Requisito patrimoniale minimo. La richiesta di un capitale simbolico, che varia da un minimo di 1 EUR ad un massimo di 8.000 EUR, è giustificata da vari motivi; *in primis* un requisito patrimoniale elevato potrebbe costituire una barriera all'utilizzo di questo nuovo strumento. In tal senso si sono infatti espresse anche le associazioni di categoria, quali Confindustria italiana⁶, BusinessEurope⁷ e Eurochambres⁸. *In secundis* un requisito patrimoniale elevato non è più considerato un efficace mezzo di tutela dei creditori: oggi si fa affidamento su elementi differenti per analizzare la solvibilità della società, quali ad esempio il cash flow e i flussi finanziari in generale. Tale requisito risulta inoltre insufficiente per ottenere credito dagli istituti finanziari: di solito i piccoli imprenditori sono costretti ad offrire garanzie personali per ottenere il credito richiesto. Infine bisogna tener conto della difficoltà di prevedere delle regole omogenee, per tipologie di società molto differenti, che presentano fabbisogni di capitale altrettanto variegati.

La proposta che prevedeva un capitale sociale minimo di 1 EUR è sostenuta dalla maggior parte delle delegazioni, mentre una minoranza si è espressa per una soglia più elevata. Nell'ultima versione la presidenza aveva raggiunto un compromesso, prevedendo un capitale minimo di 1 EUR, pur consentendo agli Stati membri di fissare un requisito patrimoniale più elevato, fino ad una previsione massima di 8.000 EUR. Tale proposta ha incontrato il favore di tutte le delegazioni, tranne una.

Una delegazione ha avanzato l'ipotesi, peraltro respinta dalla maggioranza degli Stati membri, di correlare la soglia del capitale all'ubicazione della sede legale, prevedendo un requisito patrimoniale più elevato, pari a 8.00 EUR, qualora la sede legale fosse ubicata in uno Stato differente dall'amministrazione centrale o dalla sede operativa.

Per tutelare i creditori, la proposta originaria prevedeva che qualsiasi distribuzione delle attività agli azionisti (che comprendono dividendi, acquisto di azioni proprie da parte della SPE, assunzione di debiti, etc.) fosse subordinata ad un *test di bilancio*, cioè alla verifica che le attività fossero in grado di coprire le passività anche dopo aver effettuato la distribuzione⁹. Non era invece previsto obbligatoriamente per la SPE un *test di solvibilità* sulle distribuzioni, in ragione del fatto che solo pochi Stati

⁶ “Osservazioni di Confindustria sul testo della Presidenza UE e sugli emendamenti approvati dalla Commissione Affari Giuridici del Parlamento Europeo”, Roma, 20 gennaio 2009.

⁷ Business Europe, “Briefing Company law – European Private Company Statute (SPE)”, www.businesseurope.eu

⁸ Eurochambres, “European Private Company Statute”, Brussels, 3 settembre 2010, <http://www.nho.no/getfile.php/filer%20og%20vedlegg/BE%20brev%20om%20europeisk%20privat%20selskap,%20SPE,%2003.09.2010.pdf>

⁹ Nel testo non vengono definiti i concetti di “passività” e “attività”, applicandosi in materia le disposizioni contabili contenute nella quarta direttiva 78/660/CEE e nel Regolamento CE n. 1606/2002.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

membri attualmente lo prevedono. Il testo per contro autorizzava espressamente gli *azionisti* a prevedere tale test nell'atto costitutivo, in aggiunta al test di bilancio previsto dal Regolamento. Era prevista infine la facoltà per gli azionisti di esigere dall'organo di gestione della SPE la firma di un *certificato di solvibilità* (art. 21 § 2) prima della distribuzione, prevedendolo esplicitamente nell'Atto costitutivo, definendone i requisiti e rendendolo oggetto di pubblicità (art. 21 § 2 comma 2). Il certificato attesta la solvibilità della SPE, mano a mano che i debiti arrivano in scadenza, entro un anno dalla data della distribuzione.

L'azionista che abbia ricevuto distribuzioni in violazione dell'art. 21 è tenuto alla restituzione, a patto che la SPE dimostri che egli ne era a conoscenza o avrebbe dovuto esserne a conoscenza. Non erano previste sanzioni (art. 22).

Nel nuovo testo è contemplata la facoltà per ciascuno Stato membro di prevedere obbligatoriamente la firma del certificato di solvibilità da parte dell'organo di gestione della SPE. Viene inoltre demandato al diritto nazionale il compito di disciplinare, a differenza della precedente versione, le eventuali ipotesi di responsabilità degli amministratori, relative a tale dichiarazione (*considerando* 11). Ciascuno Stato membro può esigere che, almeno 15 giorni prima che si adotti la risoluzione di effettuare la distribuzione, l'organo di gestione proceda ad "un'analisi completa delle attività e delle prospettive della SPE", e, una volta valutatane "ragionevolmente" la solvibilità, proceda a redigere la dichiarazione di solvibilità, firmata dall'organo di gestione, che deve essere consegnata in copia a tutti i soci prima dell'adozione della risoluzione e deve essere oggetto di pubblicità, a norma della Direttiva 68/151 CEE del Consiglio del 9 marzo 1968 (art. 21 § 4).

Nell'ultima versione infine è stato introdotto, all'articolo 19, che si occupa del capitale, il § 3 bis, nel quale è prevista una clausola di revisione periodica. La Commissione, infatti, dopo due anni dalla data di applicazione del Regolamento, provvederà ad analizzare gli effetti ottenuti dalla previsione di una diversa soglia minima di capitale sociale, qualora lo Stato membro si sia avvalso della facoltà di prevedere un requisito minimo superiore a quello previsto al § 3 del medesimo articolo.

Partecipazione dei dipendenti. La questione sulla partecipazione dei dipendenti ha fortemente animato il dibattito tra le delegazioni ed è forse il punto su cui sarà più difficile trovare un accordo. Molti Stati membri infatti non dispongono di tali requisiti nella propria legislazione nazionale delle società a responsabilità limitata. Per contro alcune delegazioni, in particolare quelle rappresentanti Stati membri in cui sono previsti tali diritti, hanno avanzato forti preoccupazioni per l'eventuale perdita di tali diritti e per la possibilità di ricorrere alla SPE al fine di indebolire i requisiti nazionali in materia. Il punto in discussione è rappresentato dalla possibilità di prevedere una soglia, al di sopra della quale si applicherebbero le norme in materia di partecipazione dei dipendenti previste nella proposta, e se tale soglia debba essere unica o doppia. L'ultima versione,

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

frutto del compromesso portato avanti dalla presidenza, propone una soglia unica di almeno 500 dipendenti, che lavorino abitualmente in uno Stato membro, affinché siano garantiti diritti di partecipazione di livello superiore, rispetto a quello previsto dalla legislazione nazionale in cui ha la sede legale la SPE. In caso di trasferimento, le norme in oggetto si applicherebbero in presenza di almeno un terzo dei dipendenti, ma non meno di 500, che lavorino abitualmente nello Stato membro di origine, qualora in suddetto Stato il livello dei diritti di partecipazione fosse superiore a quello offerto dallo Stato ospitante. La proposta prevede anche che gli Stati membri garantiscano i diritti esistenti dei dipendenti all'informazione e alla consultazione e che essi vengano applicati anche quando la SPE ha dipendenti in diversi Stati o quando i dipendenti sono situati in uno Stato differente da quello in cui è posta la sede legale. Infine è stato inserito un riferimento specifico alle soglie fissate per la partecipazione dei dipendenti nella clausola di riesame, prevista all'art. 48.

Il vecchio testo dedicava un solo articolo, l'art. 38, alla disciplina dei diritti di partecipazione dei dipendenti. Esso prevedeva l'applicazione del diritto nazionale, a meno che non si verificassero alcune situazioni particolari. Il secondo paragrafo prende in esame l'ipotesi in cui, presupponendo lo spostamento della sede legale implicitamente, i dipendenti abitualmente impiegati nel Paese di origine costituiscano almeno un terzo del totale della forza lavoro, considerando nel computo anche eventuali controllate e succursali della SPE, e che la legislazione nazionale del Paese ospitante non preveda almeno un livello di partecipazione dei dipendenti uguale al Paese di origine oppure che non conferisca a tutti i dipendenti, anche a quelli situati in altri Paesi, pari diritti. Qualora si fosse verificata tale ipotesi, la proposta prevedeva l'avvio di negoziati da parte dell'organo di gestione con i rappresentanti dei dipendenti. Tali negoziati potevano avere una durata massima di sei mesi, prorogabile di altri sei mesi e disciplinati dalla legge nazionale del Paese ospitante. Allo scadere del termine massimo, qualora le parti non fossero addivenute ad un accordo, si sarebbero mantenute le disposizioni previste dal Paese di origine.

L'articolo 34 § 3 si occupava invece di disciplinare la particolare situazione in cui si procede ad una fusione transfrontaliera, facendo esplicito richiamo alla disciplina prevista dalla Direttiva 2005/56/CE, la quale prevede l'applicazione del diritto nazionale del Paese ospitante la SPE, risultante dalla fusione, a meno che:

- Una delle società coinvolte non presenti un numero medio superiore alle 500 unità di lavoratori, nei sei mesi che precedono la pubblicazione del progetto di fusione, ed è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, ai sensi dell'art.2 lett. K della Direttiva 2001/86/CE.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

- La legislazione nazionale della società risultante non presenti un livello di partecipazione dei dipendenti almeno identico¹⁰ a quello attuato dalle società partecipanti alla fusione o che non contempli per i lavoratori di stabilimenti situati in altri Paesi uguali diritti.

Il nuovo testo ha introdotto una disciplina molto più articolata e dettagliata. Ha inserito oltre all'articolo 35, che prevede le disposizioni generali, altri cinque articoli (dal 35 bis al 35 sexies), introducendo una serie di modifiche.

A differenza del vecchio testo dell'articolo 38, che prevedeva la deroga del diritto nazionale in presenza di almeno un terzo dei lavoratori impiegati nel Paese di origine, (articolo 35 § 1 bis, lett a.) nel nuovo testo si richiede la presenza di almeno 500 dipendenti, impiegati abitualmente nel Paese che presenta condizioni di partecipazione migliori, per almeno tre mesi dopo la registrazione. La soglia richiesta per la disapplicazione del diritto nazionale in caso di trasferimento della sede legale è stata innalzata ulteriormente nell'ultima versione, richiedendo almeno un terzo dei dipendenti, ma non meno di 500 unità. In precedenza si era ipotizzata la previsione di una doppia soglia, una prima a 250 e la seconda a 500 unità, ma il compromesso raggiunto ha richiesto l'abolizione della prima soglia intermedia. In caso di fusione transfrontaliera, invece, è rimasto invariato il richiamo alla disciplina prevista dalla Direttiva 2005/56/CE, che però non richiede il requisito del terzo dei dipendenti sul totale degli impiegati e pretende almeno 500 unità, impiegate in media invece che come valore minimo, e per i sei mesi precedenti la fusione, anziché nei tre mesi successivi. Tali requisiti vengono controllati almeno ogni tre anni dall'organo di gestione (art.35 § 1 ter). L'unica eccezione prevista contempla l'ipotesi in cui, al momento del trasferimento della sede legale, sia in vigore un sistema transnazionale di partecipazione dei dipendenti, in conformità con quanto previsto dallo stesso articolo. Negli articoli successivi il testo si preoccupa di disciplinare la fase di negoziazione tra i dipendenti e l'organo di gestione, che si apre qualora vengano rispettati i parametri appena citati, per raggiungere un accordo in merito. Qualora tale accordo non venga raggiunto nei termini previsti dall'art. 35 ter, che conferma la durata massima di 6 mesi, prorogabile per altri sei, a far data dall'istituzione della delegazione speciale di negoziazione dei dipendenti, si applicherà il regime giuridico dello Stato che garantisce un livello superiore di partecipazione. In questo caso non c'è più il riferimento al Paese di origine, ma "allo Stato membro interessato che garantisce diritti di partecipazione di livello superiore", con il solo limite, previsto nel paragrafo successivo, della possibilità per gli Stati membri di limitare la partecipazione dei dipendenti a massimo un terzo del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza (art. 35 quinquies § 3). La modalità di

¹⁰ Il livello viene calcolato con riferimento alla quota dei partecipanti dei lavoratori tra i membri dell'organo di amministrazione o dell'organo di vigilanza o dei rispettivi comitati o del gruppo dirigente competente per centri di profitto (Dir. 2005/56/CE, art. 16, §2, lett. a).

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ PRIVATA EUROPEA

elezione della delegazione speciale di negoziazione è affidata alla legislazione nazionale, nei limiti imposti dall'art. 35 bis.

I tratti essenziali dell'accordo sono disciplinati dagli artt. 35 ter e 35 quater. Vale la pena ricordare che l'accordo deve avere forma scritta e che sono previsti quorum decisionali particolari, in caso di accordi peggiorativi delle condizioni di partecipazione dei dipendenti: è prevista infatti la maggioranza assoluta, per la ratifica dell'accordo migliorativo, mentre è richiesta la maggioranza qualificata dei 2/3 dei delegati, rappresentativi di almeno 2/3 dei lavoratori totali, per la riduzione dei diritti o per la rinuncia (o l'interruzione) alla fase di negoziazione.

Confindustria si è espressa sul punto in questione dichiarando che, fermo restando la loro opposizione verso forme di partecipazione dei lavoratori, in quanto "estranee alla nostra tradizione e in grado di appesantire i processi decisionali della società", è preferibile la versione contenente la soglia dimensionale (unica) minima di 500 unità. Si dichiara altresì molto preoccupata per il rinvio alla direttiva 2001/86/CE, in quanto prevede "modalità estremamente macchinose ed onerose". Si auspica infine un'ulteriore semplificazione dei meccanismi di negoziazione. L'UAPME, organismo che rappresenta le PMI a livello europeo, si è dichiarata delusa dalla mancata approvazione del Regolamento, così come si sono dichiarati il Segretario di Stato ungherese agli Affari Esteri, Zoltan Cséfalvay, e il Commissario Europeo al Mercato Interno, Michel Barnier, che aveva sostenuto fortemente il compromesso ungherese. La Commissione ha dichiarato che l'approvazione dello Statuto della SPE rimane una priorità, all'interno della strategia 2020 dell'Unione, e pertanto la parola ora passerà alla Presidenza polacca.

LA CONTABILITÀ QUALE STRUMENTO PER LA RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI (Parte II)

Il presente lavoro costituisce una sintesi della seconda parte del Capitolo I del libro “Elementi di bilancio e finanza aziendale per giuristi”, di Angelo Miglietta (a cura di), Alessandro Danovi, Maurizio Irrera e Flavio Servato, Cedam, Padova, 2011. Tale volume, oltre alla contabilità, si sofferma – con un focus specifico per la realtà giuridica – anche sulle tematiche di bilancio, controlli interni, analisi di bilancio e creazione di valore, integrati da mirati approfondimenti di diritto commerciale.

Nel corso della presente trattazione verranno illustrate le principali caratteristiche del metodo della partita doppia impiegato per la rilevazione dei fatti amministrativi, con particolare riferimento alle operazioni di rettifica, preliminari per la redazione del bilancio d’esercizio.

di ANGELO MIGLIETTA e FLAVIO SERVATO

11. Le operazioni di assestamento e le scritture rettificative di chiusura

L’obiettivo fondamentale della contabilità è la *produzione del bilancio d’esercizio*, il quale è formato da Conto economico e Stato patrimoniale.

Dal momento che le singole operazioni – così come visto nei paragrafi precedenti – sono state rilevate sulla base del principio della *manifestazione finanziaria* (ossia quando sorge un credito, un debito o un’entrata o un’uscita di cassa/banca) occorre ripensare a tali fatti amministrativi secondo delle “regole” finalizzate alla produzione del bilancio, andando ad operare opportune operazioni di *rettifica o assestamento*.

A questo proposito, occorre rifarsi ai diversi principi per la redazione del bilancio, tra i quali in particolare quelli della *competenza economica* e della *prudenza*.

Per il principio della competenza economica, al fine di determinare il reddito, i ricavi e i costi dell’esercizio devono essere inerenti all’esercizio stesso, indipendentemente dalla manifestazione finanziaria delle operazioni. I ricavi sono di competenza (e quindi contribuiscono alla determinazione del reddito di quell’esercizio) se:

- i beni sono stati spediti o consegnati (per i beni mobili);
- la prestazione è stata erogata (per i servizi);
- è avvenuto l’atto di passaggio di proprietà (per i beni immobili).

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

I costi, invece, sono di competenza quando sono *correlati* ai ricavi; di conseguenza se un bene è stato prodotto e consegnato – quindi costituisce un ricavo di competenza – dovranno essere considerati anche tutti i costi correlati alla produzione del bene.

Il secondo principio, quello della prudenza, prevede che nella redazione del bilancio si tenga conto di eventuali perdite anche se potenziali e non si considerino gli utili “sperati”, cioè quelli non effettivamente conseguiti.

Tipologie di scritture rettificative

Le scritture rettificative si dividono in quattro tipologie¹: le *rettifiche di imputazione*, le *rettifiche di storno*, le *rettifiche di valore di elementi patrimoniali attivi* e gli *accantonamenti per rischi ed oneri*. Di seguito saranno affrontate in modo analitico

11.1. *Le rettifiche di imputazione*

Le rettifiche di imputazione servono per aggiungere costi o ricavi che avranno la manifestazione finanziaria nell'esercizio successivo ma che sono di competenza (in tutto o in parte) dell'esercizio in chiusura.

Costituiscono rettifiche di imputazione:

- *le partite da liquidare (fatture da ricevere, fatture da emettere, interessi attivi/passivi da liquidare, ecc.);*
- *le imposte sul reddito;*
- *il trattamento di fine rapporto;*
- *i ratei attivi e passivi.*

Le partite da liquidare

Le partite da liquidare sono operazioni la cui manifestazione finanziaria avverrà in via posticipata nell'esercizio successivo ma che sono di competenza di quello in chiusura. Infatti, anche se il ricevimento o l'emissione del documento giustificativo avverrà nell'esercizio successivo, tali costi o ricavi sono di competenza dell'esercizio. Infatti, se la rilevazione contabile fosse eseguita esclusivamente nel momento della manifestazione finanziaria (ricevimento/emissione della fattura) i costi o ricavi non concorrerebbero alla formazione del risultato dell'esercizio in chiusura. Proprio per questo motivo occorre aggiungere i costi o ricavi mediante una rettifica di imputazione.

Proviamo a chiarire con un esempio. In data 27 dicembre l'impresa vende dei prodotti per 1.000,00 euro, ma emetterà la relativa fattura di vendita il 10 gennaio dell'anno successivo. La manifestazione finanziaria, quindi, avverrà il 10/01 all'atto dell'emissione della fattura, ma per il principio della competenza economica la vendita è avvenuta nell'esercizio in chiusura e il

¹ Per approfondimenti si vedano tra tutti FERRERO G., DEZZANI F., PISONI P., PUDDU L., CAMPRA M, *Contabilità e bilancio d'esercizio*, Giuffrè, Milano, 2004; CAMPRA M. CANTINO V, *Contabilità e bilancio d'esercizio – Casi ed esercizi*, Giappichelli, Torino, 2000; TIEGHI M., GIGLI S., *Introduzione alla contabilità e al bilancio di esercizio*, Il Mulino, 2007.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

ricavo è un componente positivo del reddito dell'esercizio in chiusura. Di conseguenza, l'impresa dovrà imputare dei ricavi per 1.000,00 euro. Sotto il profilo economico sorge un ricavo, mentre dal punto di vista finanziario occorre rilevare un credito che prende il nome di "fatture da emettere".

Considerazioni analoghe valgono in caso di acquisto.

Costituiscono partite da liquidare anche gli *interessi attivi* o *passivi* maturati sul conto corrente dell'impresa che avranno però manifestazione finanziaria in via posticipata nel successivo esercizio, all'atto del ricevimento della documentazione bancaria.

In caso di interessi passivi, l'impresa dovrà rilevare il costo e come contropartita il conto "banca c/interessi da liquidare", che costituisce un debito presunto verso l'istituto di credito.

In caso di interesse attivo occorre rilevare il ricavo per l'interesse e il credito verso la banca.

Le imposte su reddito

Le imposte dirette (quali Ires o Irap) si riferiscono al reddito prodotto nell'esercizio da parte dell'impresa.

Le imposte sono pagate mediante degli acconti (versati a giugno e novembre dell'anno in corso) e con un saldo calcolato in sede di dichiarazione dei redditi e versato nell'esercizio successivo.

Di conseguenza, quando l'impresa versa gli acconti avrà da un lato un'uscita di banca e dall'altro un credito nei confronti dell'Erario (contabilizzato nel conto "erario c/acconto imposte").

In sede di chiusura, una volta completate le scritture di rettifica, l'impresa potrà determinare il suo reddito imponibile e di conseguenza anche il saldo delle imposte da versare nell'esercizio successivo. Visto che le imposte avranno la manifestazione finanziaria nel prossimo esercizio e che al momento non è stato rilevato nessun costo per le stesse, occorre effettuare una rettifica di imputazione. Con questa rettifica l'impresa rileverà il costo totale per le imposte di competenza dell'anno, chiuderà il credito per gli acconti versati in precedenza e rileverà il debito residuo da pagare nell'esercizio successivo.

Il Trattamento di Fine Rapporto (TFR)

Tra gli elementi del costo del personale vi è anche il trattamento di fine rapporto, ossia il debito che l'impresa ha verso i propri dipendenti da versare all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, sulla base delle disposizioni legislative.

Il dipendente ogni anno matura una parte del suo TFR, il quale però sarà versato dall'impresa solo nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro (ad esempio per licenziamento, pensionamento, ecc.).

Dal momento che la manifestazione finanziaria di questo debito avverrà negli esercizi successivi (nel momento in cui il rapporto di lavoro viene a cessare), l'impresa dovrà determinare la quota di TFR maturata nell'esercizio ed effettuare una rettifica di imputazione. Con questa rettifica si inseriranno i costi maturati nella voce "accantonamento per trattamento di fine rapporto" (che costituisce il costo di esercizio) e si incrementerà il conto "trattamento di

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

fine rapporto”, che rappresenta il debito complessivo che l’impresa ha nei confronti dei suoi dipendenti.

Se ad esempio la quota maturata nell’anno è pari ad euro 5.000,00, la scrittura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Accantonamento TFR	5.000,00	
VFP	Trattamento di Fine Rapporto		5.000,00

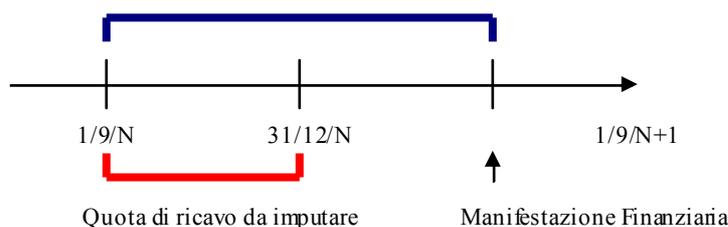
I ratei attivi e passivi

Sinora abbiamo trattato delle rettifiche nelle quali si imputavano interi costi o interi ricavi. Tuttavia potrebbero verificarsi delle situazioni nelle quali occorre imputare solo *una parte* di un costo o di un ricavo. In questi casi la contropartita finanziaria prende il nome di *rateo*, ed in particolare di *rateo attivo* se è un *credito presunto* (cioè si riferisce ai ricavi) e di *rateo passivo* se è un *debito presunto* (riferito ai costi).

La ripartizione tra i due esercizi avviene secondo un criterio di “*maturazione economica*”, vale a dire in proporzione tra i due esercizi.

Proviamo a chiarire il concetto con un esempio. Un’impresa ha acquistato delle obbligazioni per un valore di 100.000,00 euro sulle quali otterrà in via posticipata degli interessi attivi annuali del 5%, in data 1/9. Gli interessi saranno corrisposti in via posticipata l’1/9 del prossimo esercizio, tuttavia questo interesse deve essere scomposto in due parti (o quote):

- la parte di interesse attivo maturata per il periodo 1/9/N – 31/12/N
- la parte di interesse attivo che maturerà per il periodo 1/1/N+1 – 1/9/N+1.



Dal momento che al 31 dicembre non è stato rilevato alcun interesse, per l’anno N occorre imputare la parte di ricavo per il periodo 1/9 – 31/12, che costituisce la quota di ricavo di competenza dell’esercizio.

La quota di ricavo è determinata proporzionalmente in funzione del tempo. Di conseguenza, l’interesse annuo di 5.000,00 euro (calcolato come $100.000,00 \times 5\% = 5.000,00$) dovrà essere suddiviso nei due periodi. Per il periodo 1/9 – 31/12 i mesi di competenza sono 4, pertanto occorre dividere l’interesse annuo di 5.000,00 per 12 mesi e moltiplicarlo per 4. Da

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

questa proporzione di ottiene un importo di 1.666,67 euro, che rappresenta la quota di ricavo da imputare nell'esercizio (nel conto "interessi attivi") e il credito presunto (che si rileva nel conto "ratei attivi"). La scrittura pertanto è la seguente:

		Dare	Avere
VFA	Ratei attivi	1.666,67	
VEP	Interessi attivi		1.666,67

11.2. Le rettifiche di storno

Le rettifiche di storno servono per "togliere" (cioè a stomare) costi o ricavi (o quote di costi e ricavi) che hanno già avuto la manifestazione finanziaria nell'esercizio in chiusura, ma che sono di competenza (in tutto o in parte) dell'esercizio successivo.

Costituiscono rettifiche di storno:

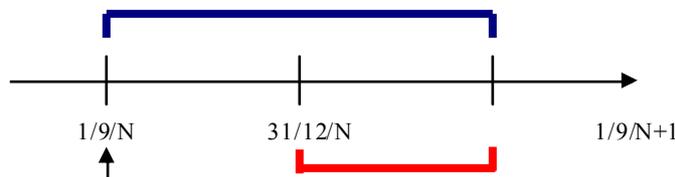
- i risconti attivi e passivi;
- le variazioni delle rimanenze di magazzino;
- le capitalizzazioni di costi.

I risconti attivi e passivi.

I risconti attivi e passivi sono parti di costi o di ricavi che hanno già avuto la manifestazione finanziaria nell'esercizio in chiusura ma che sono in parte di competenza dell'esercizio successivo. Dal momento che la manifestazione finanziaria è già avvenuta e che i costi o ricavi sono già stati contabilizzati, occorre effettuare una rettifica di storno per togliere la parte che non è di competenza. La *quota di costo* o di *ricavo* che viene rinviata all'esercizio successivo prede il nome di *risconto attivo* o di *risconto passivo* e costituisce una *variazione economica* che viene riportata nell'esercizio successivo.

Esempio: ipotizziamo che l'impresa paghi in data 1/9 un premio passivo di assicurazione annuale di 1.200,00 euro. La manifestazione finanziaria è avvenuta in via anticipata l'1/9 dell'esercizio in chiusura (dove è stato rilevato un costo in dare del conto "premi passivi di assicurazione" per 1.200,00 euro), tuttavia il premio di assicurazione si struttura in due parti:

- la quota per il periodo 1/9/N – 31/12/N
- la quota per il periodo 1/1/N+1 – 1/9/N+1.



Manifestazione finanziaria Quota di costo da stomare

Dal momento che la manifestazione finanziaria è avvenuta anticipatamente in data 1/9 dell'esercizio in chiusura e che pertanto in contabilità è già stato rilevato l'intero costo di

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

1.200,00 euro, occorre togliere una quota di costo per il periodo che non è di competenza dell'esercizio, ossia quello dal 1/1/N+1 al 1/9/N+1 (vale a dire per 8 mesi).

La quota di costo da stomare sarà pari a 1.200,00 euro diviso per il numero di mesi (12) e moltiplicato per il periodo che non è di competenza (8). Di conseguenza la quota di ricavo da stomare è 800,00 euro.

Contabilmente i costi d'esercizio che al 1/9 erano stati contabilizzati in dare per 1.200,00 euro nel conto premi passivi di assicurazione dovranno essere rettificati in avere per 800,00. La contropartita sarà in dare per 800,00 euro e costituisce una quota di costo rinviata all'esercizio successivo, ossia una variazione economica negativa nel conto "risconti attivi". La scrittura pertanto è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Risconti attivi	800,00	
VEP	Premi passivi di assicurazione		800,00

Le variazioni delle rimanenze di magazzino.

L'impresa ha acquistato nell'esercizio materie prime, materie di consumo, ecc. che sono state trasformate in prodotti. Tuttavia, nel momento di chiusura dell'esercizio potrebbero esserci delle *rimanenze*, ossia beni che non sono stati ancora venduti o il cui processo produttivo non è stato ancora iniziato o completato.

Di conseguenza, per il principio della competenza economica, i costi per l'acquisto delle merci che non sono state vendute (e che quindi non hanno generato ricavi) dovranno essere *stornati*, per essere "riportati" nell'esercizio successivo nel quale le merci saranno effettivamente cedute.

Pertanto l'impresa dovrà stornare dei costi, rilevando in avere una variazione economica positiva nel conto "variazione rimanenze di merci", e iscrivere in dare un elemento patrimoniale attivo, cioè un'attività di Stato patrimoniale, costituita dalle rimanenze (contabilizzate nel conto "rimanenze di merci").

Le capitalizzazioni di costi.

Oltre all'acquisto sul mercato, le immobilizzazioni possono essere ottenute dall'impresa anche mediante la realizzazione interna (o in economia) delle stesse. In questo caso, l'impresa produce internamente l'immobilizzazione mediante l'utilizzo di proprie attrezzature, macchinari, energia elettrica, manodopera, ecc.

I costi per l'acquisto dei fattori produttivi utilizzati per la produzione dell'immobilizzazione sono stati rilevati come costi d'esercizio; tuttavia essi si riferiscono a dei cespiti e quindi dovranno essere *capitalizzati*².

² Capitalizzare un costo significa che esso non si considera un costo d'esercizio, ma come un'attività dell'impresa, esattamente come le immobilizzazioni.

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

Da un punto di vista contabile occorre stornare i costi da capitalizzare e rilevare il sorgere dei costi pluriennali corrispondenti.

Si ipotizzi, ad esempio, che un'impresa di software realizzi internamente un nuovo programma di destinazione pluriennale. Tale programma è stato realizzato mediante l'utilizzo di personale dipendente, di attrezzature informatiche, di materiali di consumo, ecc. per un valore complessivo di euro 10.000,00. Dal momento che tali costi sono già stati rilevati nell'esercizio e si riferiscono a un'immobilizzazione immateriale che darà la sua utilità negli anni successivi, occorre stornare tali costi (in precedenza contabilizzati in dare) iscrivendo 10.000,00 euro in avere nel conto "incrementi di immobilizzazioni" e inserendo come contropartita (in dare) il costo pluriennale, in questo caso software. La scrittura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Software	10.000,00	
VEP	Incrementi di immobilizzazioni		10.000,00

11.3. *Le rettifiche di valore di elementi patrimoniali attivi.*

Costituiscono rettifiche di valore di elementi patrimoniali attivi:

- *gli ammortamenti;*
- *le svalutazioni.*

Gli ammortamenti.

Nel corso del paragrafo 3.5 si sono analizzate le caratteristiche dei beni a fecondità ripetuta (o immobilizzazioni), ossia quelle particolari tipologie di beni la cui durata è pluriennale e che pertanto "cederanno" gradualmente la loro utilità in più esercizi. Ad esempio, l'acquisto di un macchinario necessario per il processo di produzione verrà utilizzato per un periodo di tempo medio-lungo (ad esempio 10 anni) e "cederà" la sua utilità in modo costante durante tutto il periodo attraverso il suo utilizzo nel processo produttivo.

Dal momento che il costo di acquisto del macchinario (supponiamo pari a 50.000,00 euro) si riferisce ad un'immobilizzazione che sarà utilizzata in un certo periodo temporale (ad esempio 10 anni), per il principio della competenza economica occorre ripartire il costo di partenza di 50.000,00 (costo storico) per tutto il periodo (10 anni), rilevando per ciascun esercizio un costo per l'utilizzo del macchinario di 5.000,00 (50.000,00 diviso 10 anni). In questo modo è possibile attribuire ad ogni esercizio il costo effettivo di utilizzo delle immobilizzazioni, attraverso questo procedimento sistematico chiamato *ammortamento*.

La scrittura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Ammortamento macchinari	5.000,00	
VEP	Fondo ammortamento macchinari		5.000,00

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

In bilancio rileveremo quindi un costo d'esercizio di 5.000,00, mentre il valore netto del macchinario in Stato patrimoniale è pari a 50.000,00 euro (costo storico) meno 5.000,00 euro del fondo ammortamento macchinari, pari pertanto a 45.000,00 euro.

Le svalutazioni.

Le svalutazioni sono delle rettifiche di valore di elementi patrimoniali attivi che possono riferirsi a svalutazioni di partecipazioni, di titoli o di crediti. In quest'ultimo caso il codice civile prevede all'art. 2426 che i crediti siano iscritti in bilancio secondo il presumibile valore di realizzazione. L'impresa, infatti, nel corso dell'esercizio ha venduto dei beni ma non ha probabilmente ancora incassato il valore di tali crediti e pertanto esiste ancora un potenziale rischio di insolvenza da parte dei clienti. Occorre valutare tutti i crediti e capire se essi sono – e in che misura – incassabili in futuro. Qualora l'impresa ritenga che un parte di questi crediti non sia incassabile (ad esempio perché nel frattempo il cliente è fallito o perché il credito è in contenzioso o vi sono significativi ritardi di pagamento che fanno ritenere che il cliente difficilmente riuscirà ad adempiere) occorre *svalutare* i crediti, ossia ridurre il loro valore, al fine di indicarli in bilancio al valore ragionevolmente incassabile.

Dal momento che l'impresa ha venduto e ha registrato dei ricavi, occorre rilevare dei costi per la parte di crediti da svalutare, scrivendo tale importo in dare del conto "svalutazione crediti". La contropartita è un conto che indirettamente rettifica il valore dei crediti, chiamato "fondo svalutazione crediti". Infatti in bilancio i crediti saranno iscritti al netto del fondo svalutazione crediti.

Se ad esempio:

- i crediti commerciali sono pari a 100.000,00 euro;
- l'impresa ha un fondo svalutazione iniziale di 10.000,00 euro;
- si ritiene che i crediti da svalutare siano pari a 3.000,00 euro.

In questo caso l'impresa dovrà svalutare i crediti di 3.000,00 euro, in modo da portare il fondo svalutazione crediti a 13.000,00 e di conseguenza il valore contabile dei crediti a 87.000,00 euro. La scrittura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Svalutazione crediti	3.000,00	
VFP	Fondo svalutazione crediti		3.000,00

11.4. Gli accantonamenti per rischi ed oneri.

Gli accantonamenti per rischi ed oneri sono somme accantonate per far fronte ad eventi futuri ed incerti, che potenzialmente si potranno verificare in futuro, ma di cui è ignoto il momento esatto in cui si verificheranno o l'importo di tali perdite/debiti.

Ipotizziamo ad esempio che un'impresa venda dei prodotti sui quali fornisce una garanzia di 2 anni. In caso di rottura o malfunzionamento del bene, l'impresa dovrà sostenere dei costi per la riparazione o per la sostituzione. Nel momento in cui viene redatto il bilancio, tuttavia, l'impresa non può sapere se i beni venduti si romperanno, né quando e neanche il relativo costo di riparazione/sostituzione. Pertanto, sulla base di una stima determinerà il costo che potrebbe sostenere in futuro per effetto della garanzia concessa. Dal momento che i beni sono stati

STUDI E OPINIONI

RILEVAZIONE DEI FATTI AMMINISTRATIVI

venduti in questo esercizio occorre inserire nello stesso periodo anche i costi (seppur potenziali) per le riparazioni. L'impresa quindi rileverà dei costi (nel conto "accantonamento al fondo rischi garanzia") e come contropartita creerà o incrementerà un "fondo rischi di garanzia", che sarà utilizzato contabilmente nel momento in cui si verificheranno le rotture. La scrittura è la seguente:

		Dare	Avere
VEN	Accantonamento al fondo rischi di garanzia	3.000,00	
VFP	Fondo rischi di garanzia		3.000,00

CLASS ACTION E TUTELA CONTRATTUALE DEGLI INVESTITORI*

Il saggio prende in esame, partendo dalle nozioni di “consumatore” e di “investitore”, “impresa” e di “produttore”, la legittimazione attiva e passiva all’azione di classe, soffermandosi sulle caratteristiche dei diritti tutelabili mediante tale azione.

di VALERIO SANGIOVANNI

1. Le nozioni di “consumatore” e di “investitore” (legittimazione attiva)

Nel trattare dell’applicabilità dell’azione di classe all’area dei mercati finanziari, il primo passaggio è quello di stabilire se gli investitori rientrano fra i soggetti cui la legge riconosce la possibilità di avvalersi di tale strumento¹. Secondo il dato testuale “i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l’azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo” (art. 140-bis, 1° co., cod. cons.²). Dal punto di vista soggettivo la disposizione si riferisce dunque a consumatori e utenti. Ai sensi della definizione legislativa per consumatore o utente si intende “la persona fisica che agisce per scopi estranei

*L’articolo riproduce, con le opportune integrazioni e le note, parte della relazione tenuta al convegno “*La difesa del risparmio tra class action e mediazione*”, tenutosi a Rovigo il 12 giugno 2010, organizzato da Avvocatideiconsumatori, con il patrocinio della Provincia di Rovigo.

¹ Fra i più recenti contributi che si occupano dell’azione di classe cfr. CAMILLETTI, *Il nuovo art. 140-bis del Codice del consumo e l’azione di classe*, in *Contratti*, 2009, 1179 ss.; CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l’art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1297 ss.; DE SANTIS, *L’azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova class action*, a cura di Chinè-Miccolis, 2^a ed., Roma, 2010, 105 ss.; FANTETTI, *La “nuova” class action*, in *Resp. civ.*, 2009, 997 ss.; GALLETTO, *L’azione di (seconda) classe (Considerazioni sul novellato art. 140 bis del Codice del Consumo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 539 ss.; RICCIO, *Commento all’art. 140-bis*, in *Codice del consumo*, a cura di Rolli, 2^a ed., Piacenza, 2010, 783 ss.; SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l’azione di classe dopo le recenti modifiche all’art. 140-bis cod. cons.*, in www.judicum.it; TEDIOLI, *Class action all’italiana atto secondo: un cantiere ancora aperto*, in *Obbl. contr.*, 2009, 998 ss. In chiave comparata v. MACARIO-STAZI, *L’azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 65 ss.

² In generale sul codice del consumo cfr. i contributi di ADDIS, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, 872 ss.; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta" (art. 3, lett. a, cod. cons.). "Consumatore" deve considerarsi sinonimo di "utente".

Già sulla base di questa definizione, l'utilità della nuova azione di classe nella protezione degli investitori si riduce. Bisogna difatti escludere dal campo di applicazione della disposizione tutti i soggetti che non possono qualificarsi come consumatori. In particolare le persone giuridiche non rientrano nella definizione legislativa e non possono dunque assumere la qualità di legittimate attive all'azione di classe.

Questa precisazione è importante in quanto una significativa categoria di controversie che ha interessato gli investitori negli ultimi anni ha avuto per oggetto i contratti derivati³. Sul mercato italiano questi contratti sono stati venduti prevalentemente a società (e, a dir la verità, anche a enti pubblici), e solo raramente a persone fisiche non esercenti attività d'impresa. Ne consegue che le future liti aventi a oggetto contratti derivati - per mancanza di legittimazione attiva delle società - dovranno continuare a essere avviate singolarmente, mentre non si potrà utilizzare lo strumento dell'azione di classe.

Una breve digressione può aiutare a capire quali siano le controversie cui ci stiamo riferendo. Il presupposto per l'utilizzo dei contratti derivati è la situazione d'indebitamento in cui si trovano le imprese. Le società possono essere indebitate a tasso fisso oppure a tasso variabile. Nel primo caso il rischio è più facilmente gestibile, nel senso che è sufficiente che l'impresa abbia flussi di cassa in entrata stabili per restituire il finanziamento. Nell'ipotesi invece di tasso variabile, l'impresa può sì godere del beneficio di tassi bassi per certi periodi di tempo, ma può andare poi incontro a difficoltà nel restituire il finanziamento quando i tassi aumentano. I contratti derivati servono a gestire il rischio di un aumento dei tassi d'interesse. Tali contratti non sono

³ Fra i numerosi lavori in materia di contratti derivati cfr. in particolare AA.VV., *Derivati e swap. Responsabilità civile e penale*, a cura di Sirotti Gaudenzi, Santarcangelo di Romagna, 2009; DE IULIIS, *Principi di diritto del mercato finanziario*, Torino, 2008, 91 ss.; FANTETTI, *I derivati: obblighi informativi e negoziazione di prodotti finanziari*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, fasc. 11, 53 ss.; PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2219 ss.; SALATINO, *La diffusione dei contratti di swap nella prassi commerciale italiana: un nuovo scandalo finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 116 ss.; SANGIOVANNI, *Conclusione di contratti derivati e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 2010, 26 ss.; Id., *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 39 ss.; Id., *I contratti di swap*, in *Contratti*, 2009, 1133 ss.; Id., *I contratti derivati e il regolamento Consob n. 11522 del 1998*, in *Giur. mer.*, 2009, 1516 ss.; SIROTTI GAUDENZI, *Il contratto di swap: aspetti civilistici e responsabilità degli intermediari*, in *Foro pad.*, 2009, II, 51 ss.; TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1169 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

però in grado di coprire tutti i rischi e certi andamenti dei tassi possono, invece che ridurre, incrementare l'indebitamento delle imprese. Nei casi in cui l'indebitamento diventa eccessivo (e difficilmente sostenibile per le società), viene talvolta tentata la carta dell'azione giudiziaria nei confronti dell'intermediario finanziario.

Le relative azioni giudiziarie hanno spesso a oggetto la contestazione dell'inosservanza delle norme di comportamento degli intermediari finanziari. A ciò gli intermediari oppongono frequentemente l'eccezione che gli investitori hanno sottoscritto una dichiarazione in cui auto-certificano di essere operatori qualificati. Buona parte del contenzioso si è pertanto concentrato sulla validità di tale dichiarazione⁴. In materia è intervenuta recentemente la Corte di cassazione affermando che in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari – pur non costituendo una dichiarazione confessoria, in quanto volta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo – esonera l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, può costituire argomento di prova che il giudice – nell'esercizio del suo discrezionale potere di valutazione del materiale probatorio a propria disposizione e apprezzando il complessivo comportamento extraprocessuale e processuale delle parti – può porre a base della propria decisione, anche come unica e sufficiente fonte di prova in difetto di ulteriori riscontri, per quanto riguarda la sussistenza in capo al soggetto che richieda di compiere operazioni nel settore dei valori mobiliari dei presupposti per il riconoscimento della sua natura di operatore qualificato⁵.

Senza necessità di ulteriori approfondimenti, ai nostri fini è sufficiente rilevare che una delle parti del contenzioso sui derivati è nella quasi totalità dei casi una impresa, con l'effetto che le disposizioni sull'azione di classe non possono trovare applicazione.

La mancanza della qualità di consumatore può peraltro verificarsi anche al di

⁴ Sul contenzioso in materia di operatore qualificato cfr. in particolare SALATINO, *Contratti di swap. Dall' "operatore qualificato" al "cliente professionale": il tramonto delle dichiarazioni "autoreferenziali"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 201 ss.; SANGIOVANNI, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corr. mer.*, 2008, 41 ss.; Id., *Contratto di swap e nozione di operatore qualificato*, in *Contratti*, 2007, 1093 ss.

⁵ Cass., 26 maggio 2009, n. 12138, in *Contratti*, 2009, 869 ss., con nota di Autelitano; in *Corr. giur.*, 2009, 1611 ss., con nota di Sesta; in *Danno resp.*, 2009, 1067 ss., con nota di Sangiovanni; in *Foro it.*, 2010, 121 ss., con note di Palmieri e di La Rocca; in *Giur. it.*, 2009, 2711 ss., con nota di Aiello; in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, II, 115 ss., con nota di Brescia Morra; in *Società*, 2010, 308 ss., con note di Micciché-Tatozzi e di Magno-Dodaro.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

fuori del contesto dei contratti derivati. Nulla vieta alle imprese di concludere un contratto di intermediazione finanziaria e, in base a esso, di porre in essere delle operazioni di investimento. Qualora dovessero sorgere delle contestazioni relativamente a tali contratti, le società coinvolte dovranno però agire in giudizio singolarmente e non potranno avvalersi del nuovo strumento dell'azione di classe.

Sempre sul lato soggettivo, si noti infine che la legge prevede espressamente che l'azione di classe debba interessare una "pluralità" di consumatori e utenti.

2. Le nozioni di "impresa" e di "produttore" (legittimazione passiva)

Con riferimento alla legittimazione passiva dell'azione di classe, il soggetto che può essere convenuto in giudizio è un'impresa (ciò si desume dal testo dell'art. 140, 2° co., lett. *a*, cod. cons., che fa – appunto – riferimento a una "impresa"). Nel codice del consumo non si rinviene la nozione di "impresa". Tale testo normativo fa invece riferimento alle diverse figure del "professionista"⁶ e del "produttore". A dire il vero nemmeno il codice civile definisce l'"impresa", quanto piuttosto l'"imprenditore", che - ai sensi dell'art. 2082 c.c. - è "chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

Nel contesto dei mercati finanziari, alla nozione di impresa possono essere ricondotte due figure: gli emittenti gli strumenti finanziari e i soggetti abilitati. Di ambedue queste figure si rinviene delle definizioni legislative. Per emittenti quotati si intendono "i soggetti italiani o esteri che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati italiani" (art. 1, 1° co., lett. *w*, t.u.f.). Per "soggetti abilitati" si intendono "le SIM, le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le SGR, le società di gestione armonizzate, le SICAV nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario e le banche italiane, le banche comunitarie con succursale in Italia e le banche extracomunitarie, autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento" (art. 1, 1° co., lett. *r*, t.u.f.).

Legittimato passivo di un'azione di classe può essere, oltre all'impresa, un "produttore" (così l'art. 140, 2° co., lett. *b*, cod. cons.). Il produttore viene definito dal codice del consumo nel modo che segue: "il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo" (art. 3, lett. *d*, cod. cons.). Vi è allora da chiedersi se gli emittenti e i soggetti abilitati possano farsi rientrare nella categoria del "produttore". A me pare che a

⁶ Per professionista si intende "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario" (art. 3, lett. *c*, cod. cons.).

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

questa domanda possa darsi risposta positiva. L'emittente emette gli strumenti finanziari (tipicamente azioni o obbligazioni) che vengono poi "collocati" (= venduti) agli investitori e può essere equiparato al "fabbricante del bene". I soggetti abilitati invece possono essere considerati "fornitori del servizio".

3. Le caratteristiche dei diritti tutelabili mediante l'azione di classe

La legge specifica che i diritti dei consumatori e degli utenti azionabili mediante l'azione di classe devono essere "individuali". Un diritto è individuale quanto vi è un unico titolare del medesimo, legittimato – secondo le regole generali - ad agire in giudizio da solo per far valere le proprie ragioni. La caratteristica dell'azione di classe è che una pluralità di diritti individuali viene fatta valere nello stesso processo. Si tratta di una pluralità di diritti individuali che trovano origine nella condotta illecita di un'impresa, idonea a ledere una pluralità di tali diritti.

Altra caratteristica dei diritti che si possono far valere mediante l'azione di classe è che essi devono essere "omogenei". Non è chiaro cosa intenda il legislatore con l'utilizzo di questa espressione "omogeneità". Il dato letterale parrebbe indicare che si deve trattare di diritti "simili", ma non necessariamente "identici". Diritti omogenei sono tipicamente diritti che hanno una fonte unitaria, ad esempio un unico contratto *standard* sottoscritto da più consumatori di cui più soggetti chiedono la declaratoria d'invalidità. Tuttavia questa prospettiva (secondo cui "omogeneo" è qualcosa di diverso da "identico") sembra confutata da quanto dispone l'art. 140-bis, 6° co., cod. cons. Questa disposizione, difatti, impone di dichiarare inammissibile la domanda, fra gli altri casi, quando il giudice non ravvisa "l'identità" dei diritti individuali. Bisogna peraltro dire che sulla "identità" dei diritti che vengono fatti valere mediante l'azione di classe sussiste un controllo giudiziario già nelle fasi iniziali della controversia. Infatti, con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale, fra le altre cose, "definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione" (art. 140-bis, 9° co., cod. cons.). Spetta dunque all'autorità giudiziaria definire i tratti che fanno ritenere identici certi diritti, almeno ai fini dell'inserimento in una certa classe.

Grande importanza riveste poi la specificazione fatta dalla legge che i diritti individuali omogenei dei consumatori sono tutelabili "anche" attraverso l'azione di classe. Rimane dunque ferma la possibilità di agire individualmente in giudizio. Questa possibilità svanisce in caso di adesione all'azione di classe, prevedendo espressamente la legge che "l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo" (art. 140-bis, 3° co., cod. cons.).

Con riferimento alle conclusioni che l'attore deve indicare nella domanda, la legge prevede che si possano chiedere – mediante l'azione di classe - il risarcimento del danno e le restituzioni. In questo modo sono comprese nell'ambito di applicazione della

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

class action le azioni che vengono comunemente proposte nel contesto dei mercati finanziari. In particolare nell'area dell'intermediazione finanziaria le richieste tipiche degli attori sono la condanna al risarcimento del danno oppure la dichiarazione di annullamento, nullità o risoluzione del contratto (rimedi restitutori).

4. I diritti contrattuali (art. 140, 2° co., lett. a, cod. cons) e la responsabilità del produttore (lett. b)

La legge prevede che “l'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile” (art. 140, 2° co., lett. a, cod. cons.).

I diritti tutelabili devono essere “contrattuali”. Da questo aggettivo si desume che, al fine di poter avviare l'azione di classe, deve sussistere un contratto fra il consumatore e l'impresa.

Nella materia specifica dei mercati finanziari è utile distinguere fra la posizione dell'emittente e quella dell'intermediario. L'emittente pubblica un prospetto sulla base del quale vengono emessi gli strumenti finanziari, che vengono infine collocati presso il pubblico (cfr. gli artt. 94 ss. t.u.f.)⁷. Si tratta di capire se fra l'emittente e gli investitori venga ad esistenza un contratto. La questione ha in questo contesto un importante significato pratico, in quanto in caso affermativo può essere intentata l'azione di classe, in caso negativo non può essere fatto (salvo che si qualifichi l'emittente come

⁷ In tema di prospetto e di offerta al pubblico cfr., fra i tanti, ACCETTELLA, *Rivendita di obbligazioni collocate presso investitori professionali in assenza di prospetto informativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 454 ss.; BERTOLINI, *Negoziante degli strumenti finanziari in Grey Market e violazione della disciplina sulla sollecitazione all'investimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2096 ss.; S. BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 785 ss.; CUGNASCO, *L'offerta al pubblico di strumenti finanziari: alcune riflessioni sul D.Lgs. n. 51/2007 di recepimento della Direttiva Prospetto*, in *Società*, 2008, 803 ss.; FRANZA, *I rischi di investimento in titoli obbligazionari nei prospetti informativi di offerta al pubblico*, in *Contratti*, 2009, 74 ss.; MACCHIAVELLO, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari*, in AA.VV., *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, 2° vol., Padova, 2009, 793 ss.; SANGIOVANNI, *Commento all'art. 94 TUF*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro-Zaccaria, Padova, 2010, 1590 ss.; Id., *La nuova responsabilità da prospetto nell'art. 94 TUF*, in *Giur. mer.*, 2010, 880 ss.; Id., *Circolazione dei prodotti finanziari e offerta al pubblico nell'art. 100 bis TUF*, in *Giur. it.*, 2008, 2889 ss.; Id., *Mancata pubblicazione del prospetto e risarcimento del danno nel nuovo art. 100-bis TUF*, in *Danno resp.*, 2008, 965 ss.; VIGLIONE, *Circolazione di prodotti finanziari privi di prospetto: nuove forme di tutela del risparmiatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 43 ss.; Id., *Nullità e risarcimento del danno nell'art. 100 bis T.U.F.: quale tutela per l'investitore non professionale?*, in *Contr. impr.*, 2008, 55 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

produttore). Pur nella consapevolezza della complessità del problema, a me pare che - con l'adesione all'offerta contenuta nel prospetto - si realizzi un'accettazione di tale offerta e venga così posto in essere un contratto.

Con riferimento ai soggetti abilitati è fuori di dubbio che sussista un contratto fra essi e gli investitori. Si tratta del contratto d'intermediazione finanziaria disciplinato dall'art. 23 t.u.f. Ne consegue che i diritti dei consumatori sono contrattuali e, sotto questo profilo, possono essere fatti valere mediante l'azione di classe.

Il legislatore fa poi bene a richiamarsi espressamente ai contratti conclusi ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. Come è noto, tale disposizioni disciplinano rispettivamente le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari. Tipicamente nei rapporti fra imprese e consumatori non vi è negoziazione del contratto. Il testo contrattuale viene predisposto dalla controparte e accettato *in toto* dall'utente-invitore, il quale si limita ad aderire al contratto medesimo. Se questa è la prassi, l'azione di classe può in particolare essere utilizzata per ottenere la declaratoria di inefficacia di clausole che non siano state specificamente approvate per iscritto ai sensi dell'art. 1341, 2° co., c.c. Si noti tuttavia che il richiamo legislativo agli artt. 1341 e 1342 c.c. non significa che l'azione di classe non si applichi a casi diversi. La legge dice espressamente "inclusi" tali diritti, lasciando trasparire come anche diritti diversi possano essere fatti valere mediante la *class action*. L'azione di classe può così trovare applicazione, almeno astrattamente, anche quando il contratto è stato specificamente negoziato fra le parti. Dal punto di vista pratico, tuttavia, quando vi è stata negoziazione individuale è più difficile che vi sia quella omogeneità di diritti richiesti dalla legge, risulta cioè difficoltoso che all'azione possano aderire numerose persone. Come però detto, la prassi vede quasi sempre l'utilizzo di contratti predisposti dall'impresa, si realizza cioè una condizione ideale per l'azione di classe.

L'art. 140-bis, 2° co., lett. a, cod. cons. non menziona invece la possibilità di far valere la responsabilità extracontrattuale nei confronti delle imprese. Non è facile capire la *ratio* di questa esclusione (o meglio: "mancata previsione"). Può darsi che abbiano giocato un ruolo valutazioni di ordine politico miranti a escludere un eccessivo potere dei consumatori. La *ratio* dell'esclusione potrebbe in ipotesi essere individuata nel fatto che, in caso di responsabilità extracontrattuale, normalmente non vi è un alto numero di soggetti che si trovano nella stessa posizione nei confronti di un'impresa: l'atto illecito viene compiuto nei confronti di una sola persona e sarà questi che dovrà agire in giudizio singolarmente nei confronti dell'impresa. La situazione è diversa nel caso di contratti standardizzati: proprio la standardizzazione implica che tali contratti siano conclusi da un elevato numero di consumatori. Questa possibile giustificazione in realtà convince solo in parte, in quanto può ben capitare che un unico fatto generi la responsabilità extracontrattuale di un'impresa nei confronti di un alto numero di soggetti.

L'analisi che stiamo conducendo non può però limitarsi a quanto dispone la lett.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

a dell'art. 140-bis, 2° co., cod. cons. Volgendo difatti l'attenzione alla successiva lett. b, si nota che la possibilità di far valere mediante l'azione di classe la responsabilità extracontrattuale non è affatto esclusa. Questa disposizione statuisce la possibilità di far valere l'azione di classe nei confronti del produttore; letteralmente tale azione tutela "i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale".

Abbiamo visto sopra come non sia implausibile che l'emittente di strumenti finanziari e l'intermediario possano essere qualificati come produttori ai fini del codice del consumo. L'art. 140-bis, 2° co., lett. b, cod. cons. potrà peraltro trovare applicazione agli investitori solo se, anche nel contesto dei mercati finanziari, sia individuabile un "prodotto". La legge fornisce una definizione di prodotto: "qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo" (art. 3, lett. e, cod. cons.). Nel contesto dei mercati finanziari il "prodotto" sono gli strumenti finanziari che vengono acquistati dal cliente.

Sulla base di questa analisi si può affermare che, almeno teoricamente, emittenti e intermediari potrebbero essere convenuti in giudizio mediante l'azione di classe anche per fare accertare la loro responsabilità extracontrattuale. Nella prassi, tuttavia, è probabile che risulterà predominante il lato contrattuale, attesa la tipologia di rapporti intercorrenti fra emittenti e intermediari, da un lato, e investitori, dall'altro.

Nel prosieguo passeremo in rassegna le principali tipologie di contenzioso in materia di intermediazione finanziaria, quali emergenti dalla prassi degli ultimi anni, e cercheremo di capire se, e con quali particolarità, azioni simili potranno essere proposte negli anni a venire mediante l'azione di classe. In particolare l'esame della giurisprudenza edita mostra che il contenzioso fra investitori e intermediari finanziari si è concentrato prevalentemente:

- 1) sulla mancanza di forma scritta del contratto d'intermediazione (o sull'insufficienza del suo contenuto) e
- 2) sulla inosservanza delle diverse norme di comportamento previste da legge e regolamento⁸.

⁸ La materia delle norme di comportamento degli intermediari finanziari e della connessa responsabilità è stata trattata in alcuni recenti volumi: AA.VV., *I soldi degli altri*, a cura di Perrone, Milano, 2008; BERSANI, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008; DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009; INZITARI-PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007. Inoltre della tematica si sono occupati, a vario titolo, ALPA, *La legge sul risparmio e la tutela contrattuale degli investitori*, in *Contratti*, 2006, 927 ss.; AUTELITANO, *La natura imperativa delle regole*

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

5. L'assenza della forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria

di condotta degli intermediari finanziari, in *Contratti*, 2008, 1157 ss.; AZZARRI, *Contratti finanziari e categorie civilistiche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 672 ss.; CALVI, *Il conflitto di interessi nei servizi di investimento mobiliare e la responsabilità dell'intermediario*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1016 ss.; EMILIOZZI, *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*, in *Giur. it.*, 2007, 1673 ss.; GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, fasc. 3, 23 ss.; GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria fra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 360 ss.; MANCINI, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 51 ss.; MARCHIANDI, *La responsabilità degli intermediari nei confronti dell'investitore: il quadro giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 376 ss.; MARIANELLO, *Bonds argentini e responsabilità dell'intermediario finanziario: corrispondenza diacronica o sincronica?*, in *Obbl. contr.*, 2007, 1009 ss.; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 944 ss.; MORANDI, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari: rimedi esperibili*, in *Obbl. contr.*, 2009, 47 ss.; PELLEGRINI, *La responsabilità dell'intermediario per "solidarietà creditoria" in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 171 ss.; PICARDI, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari*, in *Dir. giur.*, 2007, 192 ss.; RIGHINI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di merito sulla tutela dell'investitore*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 150 ss.; SANGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle norme di condotta degli intermediari finanziari*, in *Danno resp.*, 2009, 503 ss.; Id., *Il caso "My Way" e il contratto aleatorio unilaterale*, in *Giur. mer.*, 2008, 3116 ss.; Id., *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e "nullità sopravvenuta"*, in *Contratti*, 2008, 653 ss.; Id., *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2008, 5 ss.; Id., *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *Contratti*, 2006, 1133 ss.; Id., *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno resp.*, 2006, 874 ss.; Id., *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *Contratti*, 2006, 686 ss.; Id., *La responsabilità dell'intermediario nel caso Pamalat e la recentissima legge per la tutela del risparmio*, in *Società*, 2006, 605 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss.; SERRAINO, *Tutela dell'investitore e responsabilità dell'intermediario*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, fasc. 3, 55 ss.; SESTA, *I contratti relativi alla gestione di portafogli*, in AA.VV., *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, 2° vol., Padova, 2009, 727 ss.; SIGNORELLI, *Violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e risoluzione per inadempimento*, in *Società*, 2009, 55 ss.; TODOROVA, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari. Responsabilità precontrattuale o risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2008, 1307 ss.; VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. contr.*, 2007, 785 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

Con riferimento al requisito di forma, la disposizione di riferimento è l'art. 23, 1° co., t.u.f., secondo cui “i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti ... Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo”. Fatto salvo per il servizio di consulenza⁹, dunque, la legge richiede la forma scritta per il contratto d'intermediazione e l'assenza di forma determina nullità del contratto¹⁰.

Le ragioni per cui legge e regolamento prescrivono la forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria sono molteplici e possiamo cercare qui di riassumerle¹¹.

Probabilmente la funzione più importante della forma scritta è quella di far riflettere l'investitore, in anticipo, sul significato degli atti che andrà a compiere. Bisogna considerare che apporre una sottoscrizione implica una fatica (e un tempo maggiore) di quanto serva a dare il proprio consenso oralmente. I contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento creano il presupposto giuridico affinché si possa in futuro incidere, anche profondamente, sul patrimonio dell'investitore. Talvolta una

⁹ In materia di consulenza finanziaria cfr. PARACAMPO, *Le società di consulenza finanziaria: una disciplina in itinere*, in *Società*, 2009, 1459 ss.; SANGIOVANNI, *Aspetti contrattuali della nuova consulenza finanziaria*, in *Contratti*, 2010, 175 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Il servizio di “consulenza in materia di investimenti”: profili ricostruttivi di una nuova fattispecie*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2009, 383 ss.; VIZZARI, *Le problematiche della consulenza finanziaria*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2009, fasc. 2, 137 ss.; ZITIELLO, *La consulenza in materia di investimenti*, in AA.VV., *La MiFID in Italia*, a cura di Zitiello, Torino, 2009, 433 ss.; Id., *I consulenti finanziari*, in AA.VV., *La MiFID in Italia*, a cura di Zitiello, Torino, 2009, 473 ss.

¹⁰ Nulla di diverso del resto prescrive la disciplina regolamentare. In particolare l'art. 37, 1° co., reg. n. 16190/2007 prevede che “gli intermediari forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente”. Come si può notare, si tratta di una ripetizione di quanto già afferma la legge.

¹¹ Fra i contributi che si occupano della forma dei contratti d'intermediazione finanziaria cfr. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; MORANDI, *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbl. contr.*, 2008, 919 ss.; PACE, *Gli ordini di borsa tra forma e mera archiviazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 118 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contratti*, 2007, 778 ss.; Id., *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, in *Contratti*, 2006, 966 ss.; Id., *La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine*, in *Corr. mer.*, 2006, 737 ss. Più in generale sulla forma nel diritto dei contratti cfr., di recente, COLACINO, *Le forme negoziali nel nuovo diritto dei contratti: le c.d. forme di protezione*, in *Studium iuris*, 2010, 253 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

parte considerevole delle risorse del soggetto interessato può essere coinvolta negli investimenti. Di qui la necessità di un'appropriatezza riflessione preventiva sugli effetti futuri dell'atto che si sta per compiere. Prima di firmare il testo contrattuale sarebbe auspicabile che l'investitore lo leggesse attentamente: al fine di garantire la prestazione di un consenso realmente informato dal cliente sarebbe necessario consegnargli il testo contrattuale in anticipo rispetto alla firma, per lasciargli il tempo di studiarlo con attenzione. È dubbio che ciò avvenga sempre nella prassi. Per di più, anche nelle ipotesi di consegna anticipata del testo contrattuale, rimangono perplessità in merito alla reale capacità di tutti gli investitori di comprendere l'effettiva rilevanza di ogni clausola contenuta nel contratto. Tuttavia al riguardo si deve notare che la preoccupazione del legislatore non può essere quella di garantire che qualsiasi destinatario comprenda nel caso concreto ogni dettaglio del testo contrattuale; si tratterebbe di un obiettivo irrealistico, destinato all'insuccesso. Il fine del regolatore è diverso, e più modesto: è quello di far sì che un destinatario "medio" comprenda gli elementi "essenziali" del rapporto contrattuale. Sulla funzione di riflessione cui mira la forma scritta è però necessaria una precisazione. Il contratto quadro non è in sé un'operazione finanziaria, ma la mera determinazione preventiva delle condizioni alle quali verranno poste in essere - in futuro - le operazioni. Ciò che incide effettivamente sul patrimonio dell'investitore (auspicabilmente accrescendolo, ma talvolta riducendolo) sono i singoli investimenti. E con riferimento alle singole operazioni, paradossalmente, né la legge né il regolamento prescrivono la forma scritta.

Sotto un altro profilo la forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria assicura la trasmissione d'informazioni. Le circostanze di cui si dà atto nel testo scritto del contratto sono a conoscenza di ambedue i contraenti. Se prima non erano conosciute dal cliente, una volta che gli viene messo a disposizione il testo scritto, questi ha la possibilità di prenderne conoscenza. Tanto più esteso è il contratto, tanto maggiore è la quantità di dati e notizie che vengono comunicati. Tanto più ampio è l'obbligo risultante da legge e regolamento d'inserire nel testo contrattuale certe informazioni (= prescrizione del contenuto minimo del contratto d'intermediazione finanziaria), tanto maggiore è la quantità di dati e notizie che giungono al cliente. Da questo punto di vista la forma scritta svolge una funzione di protezione informativa dell'investitore, soggetto debole del rapporto. Al riguardo si deve riflettere sul fatto, già segnalato sopra, che quasi sempre il testo contrattuale viene predisposto dalla banca e l'attività del cliente consiste nella mera adesione allo stesso. Mentre teoricamente le clausole contrattuali possono essere negoziate con l'intermediario, nella prassi si assiste a una mera adesione. È probabile che di norma l'investitore non si premuri nemmeno di leggere attentamente il contratto prima di firmarlo, ancor meno di trattarne le condizioni. Di regola gli investitori si limitano a farsi spiegare velocemente i termini essenziali del rapporto, per poi firmare un lungo testo, senza aver preso conoscenza di tutte le condizioni che regolano la relazione. Tuttavia il legislatore, con la prescrizione di forma scritta, auspica

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

che l'investitore legga anticipatamente il contratto e ne comprenda almeno gli aspetti essenziali. Anche con riferimento alla funzione informativa del contratto di intermediazione finanziaria vale peraltro l'obiezione sollevata sopra che il contratto quadro non è un contratto dispositivo e gli effetti patrimoniali sull'investitore si realizzano solo con il successivo compimento delle operazioni di investimento.

Il requisito della forma scritta serve anche a fini probatori. Nel caso in cui sorgano contestazioni fra i contraenti, il fatto di avere un testo scritto consente di accertare quelle che sono state le pattuizioni fra le parti. Sotto questo profilo si può, contratto alla mano, chiedere il rispetto di certe clausole oppure contestare la validità di determinate pattuizioni. Bisogna però dire che, essendo il contratto predisposto dall'intermediario finanziario, esso tende a contenere clausole favorevoli allo stesso.

In collegamento con la funzione probatoria, la forma scritta dovrebbe avere anche l'obiettivo di prevenire il pericolo di controversie fra i contraenti. Se l'assetto contrattuale è pre-determinato per iscritto, si assicura certezza del diritto e si riduce il rischio di successive divergenze fra le parti. Si può così, almeno in alcuni casi, evitare di dar corso a controversie giudiziarie.

Così individuate le funzioni del requisito della forma scritta, il nocciolo però del problema da affrontarsi in questa sede è se l'invalidità del contratto d'intermediazione finanziaria - conseguente alla sua mancanza di forma scritta - possa farsi valere mediante l'azione di classe. In linea di principio non si vedono ostacoli alla possibilità di far valere il difetto di forma mediante la *class action*. Si dovrebbero raccogliere le adesioni degli investitori che hanno effettuato investimenti per il tramite di un certo intermediario finanziario, il quale non ha rilasciato - come invece avrebbe dovuto - il testo scritto del contratto. L'investitore dovrà provare di avere effettuato degli investimenti tramite tale intermediario. Questa prova può essere fornita producendo in giudizio la copia degli ordini oppure degli estratti bancari dai quali risulta che sono state compiute certe operazioni di investimento in assenza del contratto quadro, ossia del documento che le avrebbe legittimate¹².

6. L'assenza del contenuto minimo del contratto d'intermediazione

Un'altra fattispecie che può realizzarsi nella prassi è che il contratto d'intermediazione finanziaria non presenti il contenuto minimo prescritto dal regolamento Consob n. 16190/2007. In particolare l'art. 37 di questo regolamento, dopo aver ribadito al 1° co. la necessità di forma scritta, prescrive al 2° co. quale contenuto

¹² Si noti infine che, secondo l'orientamento giurisprudenziale, alla mancanza di forma scritta del contratto quadro deve equipararsi il caso in cui tale contratto non sia stato sottoscritto. In questo senso Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 1681 ss., con nota di Sangiovanni.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

debba avere il contratto¹³. In altre parole può capitare che il contratto, pur rivestendo la forma scritta¹⁴, ometta di disciplinare qualcuno degli aspetti indicati nell'art. 37, 2° co., reg. n. 16190/2007.

Come si è già detto, il contratto d'intermediazione finanziaria nella prassi viene predisposto dall'intermediario finanziario e l'investitore si limita a sottoscriverlo per accettazione. Non esistono margini realistici per negoziare il contenuto del contratto. Una volta firmato, si tratta però di capire quali conseguenze si possano riconnettere al fatto che tale contratto non presenta tutti gli elementi richiesti dal regolamento. Al riguardo si possono sostenere diverse tesi.

Secondo una prima tesi il contratto potrebbe essere ritenuto nullo per assenza dell'oggetto. Questa soluzione radicale può però trovare accoglimento solo nei casi in cui manchino elementi essenziali del contratto stesso¹⁵. Si tratta di un'ipotesi di scarsa rilevanza pratica in quanto i contratti d'intermediazione finanziaria sono normalmente molto analitici.

Secondo una seconda tesi l'art. 37, 2° co., n. 16190/2007 – nel prevedere un contenuto minimo dei contratti d'intermediazione finanziaria – costituisce una

¹³ Più precisamente l'art. 37, 2° co., reg. n. 16190/2007 prevede che “il contratto: a) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell'attività svolta; e) indica e disciplina, nei rapporti di esecuzione degli ordini dei clienti, di ricezione e trasmissione di ordini, nonché di gestione di portafogli, la soglia delle perdite, nel caso di posizioni aperte scoperte su operazioni che possano determinare passività effettive o potenziali superiori al costo di acquisto degli strumenti finanziari, oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente; f) indica le remunerazioni spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità dell'articolo 52; g) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; h) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; i) indica le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-ter del testo unico”.

¹⁴ Molto recentemente Trib. Venezia, 5 novembre 2009, in *Contratti*, 2010, 221 ss., con nota di Sangiovanni, ha deciso che il contratto quadro che non recepisce integralmente il contenuto minimo del contratto prescritto dall'art. 37 reg. n. 16190/2007 soddisfa comunque il requisito della forma scritta.

¹⁵ Cfr. SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, 3^a ed., Milano, 2000, 186, con riferimento alla disciplina regolamentare previgente. Il ragionamento vale tuttavia anche sulla base della nuova disciplina.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

disposizione imperativa posta a tutela non solo del cliente, ma anche d'interessi pubblicistici come il buon funzionamento dei mercati finanziari; da ciò deriverebbe che l'omissione dei dati richiesti dal regolamento determinerebbe la nullità del contratto¹⁶. Questa tesi convince per quanto riguarda la prima affermazione (= natura imperativa della disposizione), meno per quanto riguarda le conseguenze che se ne vogliono far derivare. L'art. 37, 2° co., reg. n. 16190/2007 identifica un dovere (di contenuto minimo del contratto) che fa capo al solo intermediario e, per le ragioni indicate dalla Corte di cassazione nelle sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007¹⁷, l'inosservanza di un obbligo del genere non può dar luogo a nullità del contratto per violazione di disposizione imperativa, ma fa scattare altri rimedi, in particolare il risarcimento del danno¹⁸.

Bisogna peraltro dire che l'assenza del contenuto minimo dei contratti d'intermediazione finanziaria può, in certi casi, coincidere con un'omessa informazione dell'investitore. La prescrizione di un contenuto minimo del contratto ha anche una funzione informativa, funzione che – se il contratto è eccessivamente stringato – non può essere adeguatamente assolta. Ne consegue che il mancato inserimento in un testo

¹⁶ Cfr. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, 220 ss., con riferimento alla disciplina regolamentare previgente.

¹⁷ Cass., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, ha affermato che la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, 1° co, c.c. Le sentenze della Cassazione sono state commentate in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di Sangiovanni; in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 133 ss., con nota di Bove; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di Mariconda; in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con note di Roppo e di Bonaccorsi; in *Dir. banc. merc. fin.*, 2008, 691 ss., con nota di Mazzini; in *Dir. giur.*, 2008, 407 ss., con nota di Russo; in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss., con nota di F. Bruno-Rozzi; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2775 ss., con nota di Febbrajo; in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 155 ss., con nota di Calisai; in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di V. Scognamiglio. Su queste sentenze v. anche i contributi di MAFFEIS, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008, 557 ss.; VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.

¹⁸ Di recente sulle diverse tipologie di nullità cfr. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

contrattuale dei dati richiesti dal reg. n. 16190/2007 può, almeno in certi casi, essere equiparato a un'omessa informativa da parte dell'intermediario finanziario. Come le sentenze della Corte di cassazione nn. 26724 e 26725 del 2007 hanno affermato, il rimedio per tale omissione è *in primis* il risarcimento del danno. Occorre però sottolineare che le omissioni informative tendono ad avere maggior rilievo non tanto con riferimento al contratto quadro, sulla base del quale non vengono compiute operazioni finanziarie, ma con riferimento alle successive operazioni. È pertanto maggiormente probabile che la contestazione di omessa informativa venga sollevata dall'investitore con riferimento a singole operazioni d'investimento.

Anche l'assenza del contenuto minimo del contratto d'intermediazione finanziaria può essere fatta valere mediante l'azione di classe. A tal fine basterà produrre in giudizio il contratto quadro mancante del contenuto minimo. Una volta che il giudice ha accertato le omissioni di tale contratto, la pronuncia produrrà effetto nei confronti degli aderenti.

7. L'inosservanza dei doveri informativi dell'intermediario finanziario

Nel contesto dell'intermediazione finanziaria, i soggetti abilitati sono tenuti a osservare una serie di norme di comportamento, disciplinate nell'art. 21 t.u.f. Fra tali regole di condotta spiccano i doveri informativi, cioè l'obbligo di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati" (art. 21, 1° co., lett. b, t.u.f.)¹⁹.

¹⁹ Si noti che buona parte del contenzioso fra investitori e soggetti abilitati degli ultimi anni è riconducibile alla violazione delle disposizioni legislative e regolamentari che impongono d'informare il cliente. In materia cfr., da ultimo, la monografia di GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010. Inoltre, fra i tanti contributi pubblicati in tema, v. ACHILLE, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi d'informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1451 ss.; BARTOLOMUCCI, *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell'intermediario e principio di autodeterminazione dell'investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 440 ss.; R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 391 ss.; BULFARO, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1092 ss.; CAGGIANO, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazioni e rimedi*, in *Dir. giur.*, 2006, 453 ss.; CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1431 ss.; CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 483 ss.; D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2008, 965 ss.; EMILIOZZI, *La responsabilità della banca per omessa informazione del deterioramento*

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

I flussi informativi devono pertanto avere due direzioni. In primo luogo le informazioni vanno dal cliente al soggetto abilitato: l'intermediario finanziario deve difatti conoscere bene l'investitore al fine di potergli consigliare gli strumenti finanziari adatti. A questa regola ci si riferisce comunemente con l'espressione inglese di “*know your customer*” (“conosci il tuo cliente”). Un secondo flusso informativo va poi dall'intermediario finanziario al cliente. L'inosservanza di quest'ultimo obbligo costituisce una frequente ragione di contestazione da parte degli investitori. Anche sul punto va peraltro tenuta chiaramente distinta l'informazione che deve essere data in relazione all'originario contratto d'intermediazione finanziaria e l'informazione che deve essere invece fornita successivamente, in occasione di ogni specifica operazione d'investimento. È soprattutto in riferimento ai singoli investimenti, considerati gli effetti che essi producono sul patrimonio dell'interessato, che si pone il problema di un'adeguata informativa.

I doveri informativi dell'intermediario finanziario, dopo essere stati enunciati nel testo della legge, vengono concretizzati in alcuni articoli del reg. n. 16190/2007²⁰. La regola di fondo è che “gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti, in una forma comprensibile, informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari interessati e i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole” (art. 27, 2° co, reg. n.

del rating di obbligazioni acquistate da un cliente, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 118 ss.; GRECO, *Obbligazioni Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 428 ss.; Id., *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1140 ss.; GUADAGNO, *I confini dell'informazione precontrattuale e la “storia infinita” dei contratti di intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 241 ss.; MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1280 ss.; NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto “di risparmio”*, in *Contratti*, 2010, 67 ss.; PANZINI, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. impr.*, 2007, 982 ss.; SANGIOVANNI, *Omessa informazione sulla rischiosità dell'investimento e risoluzione del contratto*, in *Corr. mer.*, 2009, 973 ss.; SPADARO, *Violazione degli obblighi di informazione dell'intermediario finanziario ed annullamento del contratto per vizio del consenso: note a margine di una (discutibile) pronuncia di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 506 ss.; TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2007, 363 ss.

²⁰ Sui doveri informativi degli intermediari finanziari nel regolamento Consob sia consentito il rinvio a SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MIFID*, in *Giur. it.*, 2008, 785 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

16190/2007). Più nel dettaglio il reg. n. 16190/2007 impone agli intermediari di dare informazioni sull'intermediario medesimo e i suoi servizi (art. 29), sulla salvaguardia degli strumenti finanziari e delle somme di denaro della clientela (art. 30), sugli strumenti finanziari (art. 31) nonché sui costi e sugli oneri (art. 32). Fra le informazioni più importanti da fornirsi agli investitori vanno menzionate quelle sui rischi²¹. Considerato poi che il *rating* degli emittenti è un significativo indicatore del rischio, è ragionevole assumere che l'informazione degli intermediari debba comprendere anche il *rating*. Se è vero che per tutta la pendenza di un investimento l'intermediario finanziario deve operare in modo che i clienti siano adeguatamente informati, tale dovere non può non estendersi alle variazioni del *rating*.

Sotto il profilo del rimedio esperibile a fronte della violazione di doveri informativi, secondo gli insegnamenti della Corte di cassazione nelle sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007, si tratta del diritto a ottenere il risarcimento del danno.

Tanto premesso in via generale sui doveri informativi degli intermediari finanziari, la domanda che dobbiamo affrontare in questa sede è se gli investitori possano utilizzare lo strumento dell'azione di classe per reagire all'inosservanza di tali obblighi.

Sul punto non ci stancheremo di ripetere che è necessario operare un'importante distinzione fra il contratto d'intermediazione finanziaria e le singole operazioni d'investimento. Il contratto d'intermediazione è un contratto quadro, con il quale vengono determinate le condizioni alle quali verranno effettuate le future operazioni. Il contratto d'intermediazione non determina in sé alcuna disposizione patrimoniale in capo all'investitore. Completamente diverso è quanto avviene successivamente, quando – sulla base di ordini di investimento impartiti dal cliente – vengono acquistati strumenti finanziari.

Con riferimento al contratto d'intermediazione finanziaria ci siamo già occupati nel paragrafo precedente della possibile rilevanza di omissioni informative contenute nel medesimo.

Le omissioni informative più importanti sono però quelle che riguardano le singole operazioni di investimento. Tali omissioni sono le più significative, in quanto una buona base informativa costituisce il presupposto di un investimento ragionevole.

²¹ L'art. 31, 2° co., reg. n. 16190/2007 prevede che “la descrizione dei rischi include, ove pertinente per il tipo specifico di strumento e lo *status* e il livello di conoscenza del cliente, i seguenti elementi: *a*) i rischi connessi a tale tipo di strumento finanziario, compresa una spiegazione dell'effetto leva e della sua incidenza, nonché il rischio di perdita totale dell'investimento; *b*) la volatilità del prezzo di tali strumenti ed eventuali limiti di liquidabilità dei medesimi; *c*) il fatto che un investitore potrebbe assumersi, a seguito di operazioni su tali strumenti, impegni finanziari e altre obbligazioni aggiuntive, comprese eventuali passività potenziali, ulteriori rispetto al costo di acquisizione degli strumenti; *d*) eventuali requisiti di marginatura od obbligazioni analoghe applicabili a tali strumenti”.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

L'investitore non correttamente informato può essere spinto a prendere una decisione che, altrimenti, non avrebbe adottato. Le eventuali omissioni informative devono essere valutate con riferimento a ogni singola operazione. Ciò può rendere più difficile esercitare (e gestire) un'azione di classe. Può peraltro capitare che un intermediario finanziario abbia orientato un buon numero di propri clienti a acquistare gli strumenti finanziari di un certo emittente e, nel fare ciò, abbia sempre omesso di rendere note circostanze rilevanti per l'investimento. In condizioni del genere, agli investitori interessati dovrebbe essere possibile avvalersi dello strumento dell'azione di classe. I clienti potranno limitarsi a produrre in giudizio il contratto quadro (che legittima il compimento di operazioni d'investimento) e la documentazione attinente alle singole operazioni. Considerato che l'art. 23, 6° co., t.u.f.²² sancisce un'inversione dell'onere della prova, spetta agli intermediari l'onere di provare di avere dato le necessarie informazioni.

8. La valutazione dell'adeguatezza (artt. 39 e 40 reg. n. 16190/2007)

Uno dei principali doveri che fa capo agli intermediari finanziari è la valutazione dell'adeguatezza delle operazioni finanziarie²³. La materia, a dire il vero abbastanza sorprendentemente, non è disciplinata nel testo della legge, ma solo in via regolamentare. Il riferimento è in particolare all'art. 40 reg. n. 16190/2007.

L'art. 40, 1° co., reg. n. 16190/2007 prevede che “sulla base delle informazioni ricevute dal cliente, e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito, gli intermediari valutano che la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli soddisfi i seguenti criteri: a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento; c) sia di natura

²² La disposizione recita: “nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta”.

²³ In materia di adeguatezza delle operazioni finanziarie cfr., a vario titolo, FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, 343 ss.; GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi ed adeguatezza in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2556 ss.; SANGIOVANNI, *Informazione sull'adeguatezza dell'operazione finanziaria e dovere di astenersi*, in *Corr. giur.*, 2009, 1257 ss.; Id., *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 557 ss.; Id., *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2006, 1569 ss.; SAVASTA, *L'adeguatezza informativa ed operativa a fronte del rifiuto di fornire informazioni*, in *Società*, 2009, 997 ss.; VENTURI, *L'adeguatezza delle operazioni di intermediazione finanziaria nelle prescrizioni della disciplina speciale e nell'orientamento della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, II, 11 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio”.

La valutazione di adeguatezza può essere compiuta una volta che sono state raccolte informazioni dal cliente. Questo significa che il primo dovere dell'intermediario finanziario non è tanto quello di dare, bensì quello di raccogliere informazioni. Questo obbligo è statuito nell'art. 39, 1° co., reg. n. 16190/2007, laddove si stabilisce che “al fine di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari adatti al cliente o potenziale cliente, nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafoglio, gli intermediari ottengono dal cliente o potenziale cliente le informazioni necessarie in merito: a) alla conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio; b) alla situazione finanziaria; c) agli obiettivi di investimento”.

Sulla base delle informazioni raccolte dal cliente, l'intermediario deve garantire che l'operazione soddisfi determinati criteri. Il primo è che l'operazione deve corrispondere agli obiettivi di investimento. La previa raccolta di informazioni dal cliente ha consentito di determinare il suo profilo di rischio. Una volta definiti gli obiettivi di investimento, le successive operazioni devono mantenersi entro tali limiti, pena la loro inadeguatezza. Il secondo dei criteri cui commisurare l'adeguatezza dell'operazione è che essa sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento. Con questa precisazione il regolamento vuole evitare che le operazioni di investimento possano rovinare finanziariamente il cliente. Ciò può avvenire quando le passività che l'investimento può generare sono talmente elevate che il cliente non dispone delle risorse per farvi fronte. In altre parole se l'operazione è troppo rischiosa in relazione ai mezzi del cliente, essa è inadeguata. Il terzo dei criteri utilizzati dalla Consob è la sussistenza di competenza e di conoscenza per comprendere i rischi. Il regolatore vuole che l'investitore sia consapevole delle conseguenze che possono derivare dalle operazioni che compie (altrimenti l'operazione è inadeguata).

Abbiamo fin qui delineato quali sono le ipotesi nelle quali un'operazione può ritenersi inadeguata. Quello che però il regolatore non dice è quali siano le conseguenze del compimento di un'operazione non adeguata. Dopo le riforme attuate in sede di attuazione della direttiva MIFID²⁴ si ripropongono insomma i medesimi quesiti con cui

²⁴ Sulla MIFID e sulla relativa normativa di attuazione cfr. AA.VV., *Strumenti finanziari e regole MiFID*, a cura di del Bene, Milano, 2009; GUERINONI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento*, Milano, 2008. V. inoltre BASTIANON, *L'integrazione dei mercati finanziari in Europa: la MiFID e la recente normativa italiana di recepimento*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, 255 ss.; DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta “flessibili” per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. mer.*, 2008, 628 ss.; FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, 583 ss.; PONTIROLI-DUVIA, *Il*

RELAZIONI A CONVEGNI

CLASS ACTION – SERVIZI DI INVESTIMENTO

giurisprudenza e dottrina si sono dovuti confrontare prima del 2007. La questione era alquanto complessa già prima delle riforme del 2007. La Corte di cassazione nelle sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007 non si è occupata d'inosservanza della regola dell'adeguatezza, ma della violazione di doveri informativi. Secondo una parte della dottrina il compimento di operazioni inadeguate sarebbe idoneo a produrre un effetto più ampio del dovere di risarcire il del danno: esso comporterebbe la nullità dell'operazione.

Ai fini però dell'approfondimento da svolgersi in questo articolo, la questione da porsi è se l'inosservanza della regola di adeguatezza possa essere contestata mediante l'azione di classe. A me pare che a questa domanda possa darsi risposta positiva. Come si è più volte ribadito in precedenza, anche per l'inadeguatezza vale il principio che essa va valutata (non in generale, ma) sulla base delle singole operazioni poste in essere e in riferimento alle caratteristiche di ogni singolo cliente. Tutte le persone che ritengono che un determinato intermediario finanziario abbia posto in essere un'operazione inadeguata possono aderire all'azione di classe nei confronti di tale intermediario. Dal punto di vista istruttorio, l'accertamento dell'inadeguatezza può risultare piuttosto complicato, dovendosi individuare specificamente le operazioni che sono state compiute e dovendosi valutare l'adeguatezza in relazione a ogni singolo investitore.

formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID, in *Giur. comm.*, 2008, I, 151 ss.; REGALDO, *La responsabilità delle banche nel collocamento di obbligazioni ai risparmiatori. Una comparazione tra Italia e Regno Unito in seguito all'adozione del sistema MIFID*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, 211 ss.; RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008 12 ss.; ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 485 ss.; SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contratti*, 2008, 173 ss.; Id., *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, in *Dir. com. scambi int.*, 2007, 363 ss.; Id., *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *Contratti*, 2007, 243 ss.; SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 25 ss.

COMMENTI A SENTENZE

IL CREDITORE SOCIALE DI S.R.L. NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI, FATTA ECCEZIONE PER IL CASO DI DANNO DIRETTO SCATURENTE DA ATTI DOLOSI O COLPOSI

(TRIB. TORINO, SEZ. I CIV., SENT. N. 4072 DELL' 8/6/2011)

Con la sentenza in esame il Tribunale di Torino si è pronunciato dichiarando inammissibile l'azione di responsabilità da parte del creditore di società a responsabilità limitata nei confronti degli amministratori (e dei sindaci) a seguito della lesione del patrimonio sociale. Il creditore sociale potrà invocare il diritto al risarcimento solo nel caso in cui sia stato direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori ex art. 2476, comma 6°, c.c.

di GIUSEPPE ANTONIO POLICARO

1. - Con la sentenza in commento il Tribunale di Torino si è pronunciato negando, per le società a responsabilità limitata, l'esperibilità, da parte del creditore sociale, dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (e dei sindaci) per lesione del patrimonio, dichiarando inammissibile per carenza di legittimazione attiva l'azione promossa dal creditore asseritamente danneggiato.

Il collegio giudicante ha infatti ritenuto condivisibile l'orientamento interpretativo secondo cui, con l'entrata in vigore del d.lgs n. 6 del 2003, debba escludersi l'applicazione in via analogica dell'art. 2394 c.c. per le società a responsabilità limitata, diversamente dal regime previgente, che prevedeva un richiamo esplicito alla disciplina delle Società per azioni¹.

¹ Nel sistema originario del codice civile, in virtù del richiamo operato dal previgente art. 2487 agli artt. da 2392 a 2396, le regole in tema di responsabilità erano, come noto, integralmente mutate da quelle relative agli amministratori di società per azioni.

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

Non rimane comunque preclusa, per il collegio del capoluogo piemontese, la possibilità al singolo socio od al terzo che sia stato direttamente danneggiato a seguito di atti dolosi o colposi degli amministratori, di avvalersi dell'azione risarcitoria prevista dal 6° comma dell'art 2476 c.c. (in consonanza con quanto disposto dall'art. 2395 c.c. relativamente alle società per azioni).

2. - Il procedimento era stato promosso da una banca che, vistasi negato il rimborso di un cospicuo finanziamento concesso ad una s.r.l. in liquidazione, chiedeva di dichiarare sia gli amministratori, sia i sindaci della debitrice, direttamente responsabili per illeciti amministrativi e contabili compiuti in danno dell'integrità del patrimonio sociale, piuttosto che per violazioni ed omissioni *in vigilando*.

L'attrice affermava, in proposito, che gli amministratori, ed in particolare il presidente ed amministratore delegato della s.r.l., avevano “*sistematicamente posto in essere operazioni finanziarie estranee all'oggetto sociale della società, in particolare procedendo all'assunzione di partecipazioni in società di investimento e con operazioni in prodotti finanziari derivati. Tali operazioni erano state compiute con il consenso degli amministratori e dei componenti il collegio sindacale, provocando in tal modo un pregiudizio grave e irreversibile alla integrità del patrimonio sociale e di conseguenza un danno ai creditori della società, e dunque anche alla attrice*”².

Parte attrice lamentava inoltre la “*manca di qualsiasi censura o rilievo da parte del collegio sindacale*”, il quale non era riuscito ad evitare che gli amministratori, compiendo atti *ultra vires*, si avvalessero “*della società per attuare operazioni speculative ad alto rischio, operando in strumenti finanziari e derivati, e decidendo autonomamente e consapevolmente le operazioni da intraprendere e le fonti di approvvigionamento delle risorse finanziarie necessarie*”.

L'attrice quindi, pur dichiarando di non avere subito un danno diretto, risarcibile ex art. 2476, comma 6°, c.c., chiedeva che venisse accertata la responsabilità risarcitoria degli amministratori (e dei sindaci), evidenziando come anche “*nelle società a*

² Riguardo ai temi inerenti la responsabilità penale degli amministratori è possibile consultare per concisi approfondimenti, *ex multis*, I. CARACCIOLI, “*Governance*” e *responsabilità penale, Reati societari – Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2006. Sul significato e il contenuto dell'obbligo di corretta amministrazione cfr, per tutti, M. IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controllo e bilancio*, Milano, 2009, pp. 5 e ss.

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

responsabilità limitata fosse ammissibile la generale azione di responsabilità degli amministratori a favore dei creditori sociali, come nelle società per azioni, in analogia a quanto stabilito dall'articolo 2394 c.c."³.

Gli amministratori e i sindaci della s.r.l. convenuti, eccependo di aver effettuato gli investimenti finanziari suggerimenti contestati su indicazione della banca attrice medesima, chiedevano in via pregiudiziale *“di dichiarare inammissibile o improcedibile la domanda proposta dalla parte attrice per difetto di legittimazione attiva, ai sensi degli artt. 2394 e 2476 c.c.”*.

Alle stesse conclusioni perveniva anche la terza chiamata (una società assicurativa) tenuta a tenere indenni gli amministratori e i sindaci della s.r.l. debitrice, in caso di accoglimento della domanda della parte attrice.

3. - Nel decidere la lite, il Tribunale torinese si è mosso dalla constatazione che l'art. 2476 c.c. non contiene alcuna previsione specifica in ordine all'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori sociali di società a responsabilità limitata, corrispondente a quella dettata, per le società per azioni, dagli artt. 2394 e 2394 *bis* c.c.⁴.

Ha peraltro osservato come la legittimazione dei creditori sociali ad esercitare l'azione di responsabilità verso gli amministratori di s.r.l. comunque sia positivamente disciplinata per le s.r.l. in liquidazione (artt. 2485, 2486 e 2491 c.c.), per quelle soggette ad attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.), nonché, secondo l'opinione prevalente (ma contrastata dalla sentenza in commento), nei confronti dei sindaci per effetto dell'art. 2477, ultimo comma, c.c.⁵.

Con la sentenza in commento il Tribunale di Torino, anche alla luce delle indicazioni sistematiche sopra richiamate, interpreta il silenzio dell'art. 2476 c.c. in termini preclusivi riguardo alla configurabilità dell'azione di responsabilità da parte dei

³ Esplicazione, sempre secondo la parte attrice, di un principio generale desumibile dalla circostanza che analoga azione è prevista anche nelle società semplici; la conseguenza logica è che analoga azione si sarebbe dovuta considerare ammissibile anche per le s.r.l..

⁴ Nè è stata, inoltre, riprodotta, per le società a responsabilità limitata, la norma che, nelle società per azioni attribuisce al curatore del fallimento, in ipotesi di procedura concorsuale, il potere di proporre l'azione di responsabilità (cfr. art. 2494 *bis* c.c.).

⁵ Nel senso dell'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti dei sindaci di s.r.l., v. N. ABRIANI, *Codice Commentato delle S.r.l.*, diretto da P. Benazzo e S. Patriarca, Torino, 2007, p. 378 e p. 388; Trib. Milano, 10.10.2007, in *Giur. It.*, 2008, p. 2512 con nota di RIVARO.

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

creditori sociali (in omaggio al principio ermeneutico racchiuso nel brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*)⁶.

Il collegio ha quindi ritenuto condivisibile la summenzionata tesi secondo cui, con l'entrata in vigore del d.lgs n. 6 del 2003, sia venuta meno la legittimazione dei creditori di s.r.l. a proporre l'azione di responsabilità, condividendo, peraltro, le argomentazioni già precedentemente espresse dalla Corte di Appello di Napoli⁷. In

⁶ Tra coloro i quali sostengono che l'azione di responsabilità da parte dei creditori nei confronti degli amministratori non sia prevista per le s.r.l., cfr., fra gli altri, V. BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2003, p.165 e ss.; S. DI AMATO, in AA.VV., *Società a responsabilità limitata*, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 206; M. PARELLA, *Commento all'art 2476 c.c.*, in *La Riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, III, Torino, 2003, pp. 127 e s. Analogamente, la legge di riforma del diritto societario ha altresì eliminato il procedimento *ex art. 2409 c.c.* da parte dei sindaci di società a responsabilità limitata (si veda, G.A. POLICARO, *Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. non si applica alle s.r.l.* (Cass. Civile, sent. 13 gennaio 2010), in questa *Rivista*, 2010, n. 20, pp. 53 e ss.; un ulteriore indizio, tra gli altri, che sembrerebbe avvalorare la circostanza per cui la mancata previsione dell'azione di responsabilità da parte dei creditori di società a responsabilità limitata non sia stata una dimenticanza del legislatore.

⁷ V. App. Napoli, 28.6.2008 in *Giur. Mer.*, 2009, n.10, che ha evidenziato come “*le profonde differenze che con l'entrata in vigore del d.lgs 6 del 2003 sono venute crearsi tra s.r.l. e s.p.a., non consentono l'aggiramento del dato normativo attraverso il ricorso alla interpretazione analogica*”. Con la conseguenza che “*l'opzione interpretativa che – ai fini dell'individuazione della lesione – fa leva sul rinvio alle norme in tema di società per azioni previsto dall'art 2477 c.c. nel caso in cui la s.r.l. debba obbligatoriamente nominare il collegio sindacale; il testo novellato consente infatti l'applicazione dell'azione di responsabilità contro i sindaci delle disposizioni di cui agli artt. 2393 – 2395 c.c. solo in quanto compatibili, con la conseguenza che, ritenuta non più sussistente l'azione nei confronti degli amministratori di una s.r.l., dovrebbe escludersi, in base al giudizio di compatibilità, che essa possa continuare ad essere esercitata nei confronti dell'organo di controllo della società. Poiché l'azione individuale del creditore direttamente danneggiato da atti compiuti dagli amministratori ha sicuramente natura extracontrattuale, è poi parimenti da escludere che, in difetto di un'esplicita disposizione normativa, in capo allo stesso residui, ai sensi dell'art. 2043 c.c., un'ulteriore azione risarcitoria nel caso di lesione indiretta del suo diritto di credito, azione della quale, oltretutto, non risulterebbero definiti né i presupposti né i confini*”. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. S. Maria Capua Vetere, 18.3.2005, in *Fall.*, 2006, p. 190; Trib. Verona, 27.2.2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Novara, 12.1.2010, in *www.novaraius.it* ; Trib. Milano, 21.4.2005, in *Corr. merito*, 2005, p.882; Id., 25.1.2006 in *Società*, 2007, p. 320; Id., 27.2.2008 in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, p.13, secondo cui l'azione del creditore sociale è esperibile solo per i danni direttamente ed individualmente provocati agli stessi dagli amministratori ai sensi

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ⁷ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

particolare, si è rigettata l'interpretazione – pur autorevolmente sostenuta⁸ – secondo cui “il richiamo testuale contenuto nell'art. 2477 c.c., che comporta l'applicazione dell'art. 2407 c.c., che richiama l'art. 2394 c.c., dovrebbe indurre a ritenere sussistente la legittimazione dei creditori sociali ad agire nei confronti degli amministratori anche nelle s.r.l., quantomeno allorquando sia obbligatoria la nomina del collegio sindacale: il rinvio contenuto nell'art. 2477 c.c. riguarda, infatti, la disciplina del collegio sindacale e non anche tutta la disciplina delle s.r.l., né quella della responsabilità degli amministratori e della legittimazione dei creditori sociali ad agire nei confronti di questi ultimi”.

Secondo il Tribunale torinese, le uniche fattispecie in cui l'ordinamento abbia positivamente disciplinato l'azione di responsabilità da parte del creditore sociale di S.r.l. si avrebbero nel caso di azioni esercitate dal curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 146 l.f.⁹; in caso di danni cagionati ai creditori dagli amministratori a seguito di loro atti dolosi o colposi ex art. 2476, 6° comma, c.c.

degli artt. 2476, comma 6° e 2486, comma 2°, c.c. Ma, in senso contrario, per l'ammissibilità dell'azione, cfr. Trib. Milano, 10.10.2007, *cit.*, p. 2515 con nota di RIVARO; Trib. Udine, 11.2.2005, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 808; Trib. Mantova, 14.9.2005, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pescara, 15.11.2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 2262; Trib. Roma, 27.1.2007, in *Dir. fall.*, 2007, p. 465; Trib. Roma 17.12.2008, in *Banca e borsa*, 2010, p. 483, secondo cui “gli amministratori di società a responsabilità limitata sono, al pari di quelli di società per azioni, responsabili ai sensi dell'art. 2394 c.c. verso i creditori sociali del pregiudizio recato al patrimonio sociale dalla violazione dei doveri di conservazione dell'integrità del patrimonio medesimo”. In dottrina, v. gli Autori indicati di seguito, alla nota 12.

⁸ V., relativamente all'organo di controllo obbligatorio, N. ABRIANI, *Decisioni dei soci Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 230; V. SALAFIA, *Il controllo legale dei conti nella s.r.l.*, in *Società*, 2003, pp. 11 e ss.

⁹ Cfr. in questo senso Cass., 21.7.2010, n. 17121, in *www.ilcaso.it*, secondo cui: “In tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, la riforma societaria di cui al d.lgs n. 6 del 2003, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392, 2393, 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni., non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della s.r.l. che sia fallita, all'esercizio della predetta azione ai sensi dell'art. 146 l.f., in quanto per tale disposizione, riformulata dall'art. 130 del d. lgs. n. 5 del 2006, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori, così confermandosi l'interpretazione per cui anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

Il collegio inoltre, alla luce delle disposizioni codicistiche contenute negli artt. 2485 e 2486 c.c.¹⁰ - non suscettibili a suo parere di interpretazione estensiva per società che non siano in stato di liquidazione - ha ritenuto possa configurarsi una forma di responsabilità da parte degli amministratori di s.r.l. nei confronti dei creditori sociali, oltre alle fattispecie summenzionate, nel caso in cui essi abbiano determinato un aggravamento dello stato di in capienza patrimoniale della società dopo il verificarsi di una causa di scioglimento.

Al di fuori delle tre ipotesi sopra richiamate, i giudici hanno negato la sussistenza di azioni di responsabilità da parte dei creditori sociali nei confronti degli amministratori. Parimenti, come si è già anticipato, il Tribunale di Torino, ha ritenuto di escludere la sussistenza dell'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali nei confronti dell'organo di controllo della società per coerenza con l'esclusione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori¹¹.

4.- Il Tribunale del capoluogo piemontese si pone con la sentenza in commento in contrasto con autorevole dottrina che ha ritenuto sussistente l'applicabilità in via estensiva (più che analogica) delle norme dettate in tema di società per azioni, posto che il sistema complessivamente dettato per la disciplina delle responsabilità risulta sostanzialmente comune ai due modelli di società. Siffatta comune applicazione troverebbe fondamento nel regime di responsabilità patrimoniale dei soci di società di capitali - limitata alle partecipazioni sottoscritte - e nell'interesse dei creditori a non vedersi depauperato fraudolentemente il patrimonio sociale posto a garanzia dell'esercizio gestorio, da effettuarsi in modo corretto e responsabile.¹² La diversa

¹⁰ Pacificamente riferite anche alle società a responsabilità limitata. Si tratta di disposizioni che prevedono da parte degli amministratori la responsabilità per i danni indiretti causati ai creditori sociali nel caso in cui ritardino od omettano di accertare il verificarsi di una causa di scioglimento della società, nonché per gli atti e le omissioni compiuti nella gestione dalla data del verificarsi della causa di scioglimento fino alla data di consegna dei libri sociali ai liquidatori.

¹¹ Cfr. App. Napoli, 28.6.2008, *cit.*

¹² Cfr., *ex multis*, O. CAGNASSO, *La responsabilità di amministratori di S.r.l.*, in *La responsabilità degli amministratori, Sindaci e Revisori contabili*, a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p.239 e ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario*, diretto da P. Schlesinger e F. D. Busnelli, Milano, 2, 2010, p. 1098; S. AMBROSINI, *Commento all'art. 2476 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Nicolini - A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p.1606, il quale esprime il concetto di

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

ricostruzione “interna” dei modelli delle s.p.a. e delle s.r.l. non sembrerebbe insomma costituire motivazione sufficiente per valutare in modo differente le esigenze “esterne” di tutela dei creditori sociali¹³.

Altri argomenti, relativi alla natura dell'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, sembrerebbero comunque legittimare la facoltà da parte dei creditori di s.r.l. di agire nei confronti degli amministratori che abbiano violato il dovere di conservazione dell'integrità del patrimonio societario, rendendolo non più sufficiente al soddisfacimento delle obbligazioni nei loro confronti.

A tale conclusione si perviene sia del qualora si affermi che l'azione esperibile dai creditori abbia natura surrogatoria (rispetto all'azione sociale), sia accogliendo la ricostruzione ermeneutica che riconduce la stessa azione (non sociale) del creditore nell'alveo del disposto della *lex aquiliana* di cui all'art. 2043 c.c.¹⁴.

La tesi della natura surrogatoria dell'azione disponibile al creditore sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 2900, 1° comma e 2476 c.c.¹⁵, per un verso proietta l'azione stessa verso una condanna degli amministratori a risarcire la società il cui patrimonio sia risultato non più sufficiente (e non i creditori che hanno promosso l'azione); per altro verso, determina l'estensione ai creditori sociali degli effetti di eventuali rinunzie ad agire da parte della società (e non solo delle azioni così come previsto dall'art 2394 c.c. per le s.p.a.)¹⁶.

responsabilità “*connaturale all'azione gestoria*”; F. PASQUARIELLO, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 1993; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 221.

¹³ O. CAGNASSO, *Dell'Amministrazione della società e dei controlli - sub. art. 2476 c.c.* in *Il nuovo diritto societario, commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, II, Torino, 2004, pp. 1875 e ss.

¹⁴ Cfr., per tutti, N. ABRIANI, *op. cit.*, pp. 377 e ss.

¹⁵ Con la quale si ritiene la permanenza in capo ai creditori sociali di un'azione identica di cui all'art 2304 c.c. sulla base del richiamato combinato disposto di cui agli artt. 2900, 1° comma e 2476 c.c., poiché la lesione dell'integrità del patrimonio sociale legittimerebbe i creditori ad agire in via surrogatoria della società, debitrice e titolare del diritto alla conservazione del proprio patrimonio.

¹⁶ Cfr. M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata* in AA.VV., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, a cura di P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti, Milano, 2003, pp. 17 e ss.; C. D'AMBROSIO, *La nuova società a responsabilità limitata fra società di persone e società di capitali*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 415.

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

Il riconoscimento invece della natura extracontrattuale dell'azione esperibile¹⁷, ne comporta l'insensibilità rispetto ad eventuali altre transazioni intercorse con la società (spostando peraltro in capo agli attori l'onere della prova riguardo al dolo o alla colpa degli amministratori convenuti) e la configurabilità in capo ai creditori della legittimazione al suo esercizio anche in caso di procedure concorsuali¹⁸.

C'è ancora chi, ove non si ritenga aderire alle summenzionate tesi, ha prospettato addirittura l'illegittimità costituzionale dell'art. 2476 c.c. nella parte in cui non prevede l'azione di responsabilità dei creditori sociali; ciò sia perché sussiste una non giustificata disparità di trattamento di situazioni analoghe con riferimento alla diversa disciplina adottata per le s.p.a. - posto che le posizioni dei creditori sociali sono uguali con riferimento agli atti di non corretta gestione compiuti dagli amministratori -, sia perché risulta violato uno dei principi stabiliti dalla legge delega che fa salvi, in ogni caso, "il principio dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali" (art 3, comma 2, lett. f) l. 366 del 2001)¹⁹.

In caso di fallimento della società spetta infine al curatore la legittimazione all'esercizio della relativa azione, anche in mancanza di una norma che espressamente lo contempli per le società a responsabilità limitata, analoga a quanto stabilito dall'art.

¹⁷ Se è vero che l'art. 2394 c.c. attribuisce al creditore una forma di tutela aquiliana del credito, nel momento in cui il danno subito (la perdita del credito) sia una conseguenza mediata dell'insufficienza patrimoniale della società (della garanzia patrimoniale generica del debitore) causata dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio da parte degli amministratori, essa allora potrà ritenersi norma cognitiva di un diritto risarcitorio già attribuito al creditore danneggiato dalla più generale disposizione di cui all'art. 2043 c.c., che, come risaputo, tutela pure la lesione dolosa e colposa del credito ad opera del terzo. Tale interpretazione sembra peraltro coincidere con quanto pronunciato dalla Corte Costituzionale (C. Cost. 29.12.2005, n. 481, in *Dir. e Giust.*, 2006, n. 5, pp. 44 e ss., con nota di INFANTE) in veste di *obiter dictum*. Secondo la Corte "la salvezza del diritto al risarcimento dei danni spettanti al terzo danneggiato da atti dolosi e colposi degli amministratori ex art. 2476 c.c., 6° comma, c.c. costituisce previsione che non preclude interpretazioni – peraltro proposte in dottrina – idonee ad assicurare efficace tutela ai creditori sociali"; ciò avviene nel momento in cui la Consulta rimanda all'azione risarcitoria diretta espressamente prevista (anche) in materia di s.r.l. a tutela dei terzi (tra i quali rientrano pure i creditori sociali), quale norma meramente ricognitiva della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

¹⁸ Cfr. G. MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1956, pp. 229 e ss.; G. COTTINO, *Le Società, Diritto Commerciale*, I, 2, Padova, 1999, p.435

¹⁹ Sul punto cfr. L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1482

COMMENTI A SENTENZE

NELLE S.R.L. IL CREDITORE NON PUÒ ESPERIRE L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI AMMINISTRATORI

2394 *bis* c.c. per le società per azioni. Oggi la riforma della l.f. per mezzo della riformulazione dell'art. 146, 2° comma, ha infatti genericamente attribuito al curatore l'esperimento delle azioni di responsabilità contro gli amministratori ed i componenti degli organo di controllo²⁰.

5. - *Rebus sic stantibus*, la mancata previsione dell'azione sociale dei creditori ad opera del legislatore, oltre ad aver lasciato molti commentatori perplessi, ha determinato, come si è veduto, numerosi contrasti in giurisprudenza²¹.

Le questioni trattate, lungi dal trovare univoche valutazioni, meriterebbero quanto mai un intervento volto a dirimere, una volta per tutte, le incertezze interpretative di cui anche in questa breve analisi si è fatto cenno.

²⁰ O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, V, 1, Padova, 2007, p. 266

²¹ V. le osservazioni di A. BERTOLOTTI, *L'amministrazione della società* in *Il nuovo diritto societario, nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, X, Bologna, 2009, pp. 995 e ss., nonché le pronunce citate in nota 7.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Il “contratto di rete” – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha diffuso lo Studio n. 1-2011/I, in tema di contratti di rete, previsti dal comma 4 *ter* dell’art. 3 del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5. Lo Studio analizza, tra l’altro, il possibile contenuto di un contratto che fonda una rete di imprese, dal *programma di rete* alle *sanzioni per l’inadempimento degli obblighi contrattuali*. Ulteriori profili esaminati concernono l’amministrazione e la rappresentanza della rete, nonché il fondo patrimoniale comune e le disposizioni normative a questo applicabile.

Il testo dello Studio n. 1-2011/I, pubblicato il 10 ottobre, è reperibile sul sito www.notariato.it.

GIURISPRUDENZA

Bancarotta fraudolenta per distrazione e rilevanza del valore effettivo dei beni – La Corte di Cassazione – nell’ambito di un giudizio avente ad oggetto il concorso in bancarotta fraudolenta per distrazione di colui il quale ha acquistato beni da una società in difficoltà ad un prezzo inferiore rispetto a quello risultante *per tabulas* – ha precisato come il riferimento della Corte d’appello alla prova documentale “*quale unica prova ritenuta valutabile in tema di bancarotta fraudolenta, è contrario a legge e si basa su una inaccettabile estensione al processo penale della gerarchia delle fonti probatorie che è invece esclusivamente propria del giudizio civile*”. Pertanto, ha concluso la Suprema Corte, nel caso di specie “*occorreva dunque interrogarsi sul valore effettivo dei beni compravenduti*”.

Corte di Cassazione penale, 5 ottobre 2011, n. 36150.

Bancarotta fraudolenta documentale e responsabilità del liquidatore – La Suprema Corte ha stabilito che il liquidatore di una società risponde di bancarotta fraudolenta documentale per “*materiale sottrazione o distruzione delle scritture contabili*”, se “*non riceve i libri contabili*” e “*omette ogni controllo sulla loro esistenza e sulla loro*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 19/2011

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

regolare tenuta”, violando l’obbligo di cui all’art. 2487 *bis* c.c. In forza del rinvio dell’art. 2489 c.c. alle disposizioni in tema di responsabilità degli amministratori, tra cui l’art. 2392, trova applicazione anche per il liquidatore il principio generale per cui *“l’amministratore deve vigilare sulla gestione ed impedire il compimento di atti pregiudizievoli, oltre che attenuarne le conseguenze dannose”*.

Corte di Cassazione penale, 7 ottobre 2011, n. 36435.

Insinuazione al passivo tardiva di crediti tributari – La Corte di Cassazione ha rigettato la tesi per cui *“non può ritenersi colpevole il comportamento dell’amministrazione finanziaria e del concessionario che si attengano ai termini stabiliti dalla legge per le procedure di accertamento e di emissione dei ruoli e delle cartelle”*, dovendosi applicare all’Amministrazione finanziaria *“il termine annuale di cui all’art. 101 L.F. per la presentazione delle istanze tardive di insinuazione”*. La Corte ha sostenuto che *“i diversi e più lunghi termini previsti per la formazione dei ruoli e la emissione delle cartelle”* non possono configurarsi come *“una esimente di carattere generale dal rispetto del citato termine”*.

Corte di Cassazione, ordinanza, 11 ottobre 2011, n. 20910.

False comunicazioni sociali e querela della persona offesa – Con riferimento al reato di cui all’art. 2622 c.c., la Suprema Corte ha ribadito come la persona offesa da tale delitto debba essere individuata in *“colui che ha tratto detrimento patrimoniale dall’illecito”* e, di conseguenza, possa trattarsi del socio di minoranza di una società a responsabilità limitata, il quale è il *“destinatario delle comunicazioni medesime”*. La Corte ha stabilito, inoltre, l’irrelevanza del fatto che la partecipazione del socio *“sia di maggioranza o di minoranza, in quanto anche in tale ultima eventualità egli ha comunque diritto a ricevere un’informazione vera, affidabile e trasparente”*, per il tramite della quale, *“specie nelle società a responsabilità limitata”*, *“si attua la tutela dei diritti del socio di minoranza e lo si mette nelle condizioni di esercitare gli strumenti di controllo sullo svolgimento degli affari sociali, ivi inclusa l’azione di responsabilità degli amministratori”*.

Corte di Cassazione penale, 13 ottobre 2011, n. 36924.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Emanato il decreto per il superbollo sulle auto di grossa cilindrata

Sulla Gazzetta Ufficiale è stato pubblicato il decreto, relativo all'addizionale erariale introdotta dalla manovra finanziaria dello scorso luglio per i veicoli di grossa cilindrata. Lo stesso prevede, tra l'altro, che chi al 6.07.11, data di entrata in vigore del decreto legge 98/2011, possedeva un veicolo per il trasporto promiscuo di persone o cose con più di 225 chilowatt di potenza, deve pagare, entro il prossimo 10 novembre l'addizionale erariale sulla tassa automobilistica utilizzando il modello "F24 elementi identificativi", senza possibilità di compensazione con eventuali crediti vantati.

(Decreto del 1° ott. 2011, in G.U. n. 237 dell'11 ott. 2011)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Emanato il provvedimento per il credito d'imposta per la ricerca

L'Agenzia delle entrate ha emanato il Provvedimento che reca le istruzioni operative per le aziende che decidono di usufruire del credito d'imposta, istituito dal Decreto legge n. 70/2011, per il finanziamento di progetti di ricerca da realizzare con Università ed Enti pubblici di ricerca.

Ai sensi dello stesso:

Termini e modalità: il credito d'imposta è riconosciuto nella misura del 90 per cento dell'importo che eccede la media degli investimenti effettuati nel triennio 2008-2010. Il beneficio scatta per gli investimenti realizzati nel periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2010 e fino alla chiusura del periodo d'imposta al 31 dicembre 2012. Le imprese ne possono fruire per ciascun periodo d'imposta in tre quote annuali di pari importo.

Utilizzo del credito: il credito di imposta è utilizzabile immediatamente a partire dal giorno successivo a quello di realizzazione dell'investimento che eccede la media degli investimenti in ricerca del triennio 2008-2010.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento 2011/130237 del 9 sett. 2011)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Quotazione delle valute estere per il mese di agosto 2011

Sul sito Internet dell’Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è disponibile, con relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell’art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l’accertamento del cambio delle valute estere per il mese di agosto 2011.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 21.09.11, prot. 2011/134795)

Codice tributo per la compensazione del credito per ricerca e sviluppo.

L’Agenzia delle entrate ha istituito il codice tributo per l’utilizzo in compensazione, tramite modello F24, del credito d’imposta per le imprese che finanziano progetti di ricerca in Università ovvero enti pubblici di ricerca di cui all’articolo 1 del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106”.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 88 del 12 sett. 2011)

Reti d’imprese, c’è più tempo per l’asseverazione

L’Agenzia delle entrate ha chiarito che per le imprese che fanno rete l’asseverazione del “programma comune di rete” può anche essere acquisita, per il primo anno d’applicazione dell’agevolazione, anche dopo la scadenza del 30 settembre 2011; ciò a patto che la comunicazione al rappresentante della rete (o all’organo comune per l’esecuzione del contratto) avvenga entro il 31 dicembre 2011.

Refresh sull’agevolazione: Il bonus consiste in un regime di sospensione d’imposta sugli utili d’esercizio, accantonati ad apposita riserva di patrimonio netto e destinati al “fondo patrimoniale comune” per la realizzazione degli investimenti previsti dal “programma comune di rete”, da effettuare fino al periodo d’imposta in corso al 31 dicembre 2012.

Inoltre, per accedere all’agevolazione occorre, tra l’altro, che il programma di rete sia prima asseverato da organismi espressione dell’associazionismo imprenditoriale, che hanno i requisiti previsti da un apposito decreto del Ministro dell’Economia e delle Finanze (decreto del 25 febbraio 2011, pubblicato nella GU n. 74 del 31 marzo 2011).

(Agenzia delle entrate, ris. n. 89 del 12 sett. 2011)

Riporto delle perdite per i soggetti IRES diversi dagli enti non commerciali.

L’Istituto di ricerca del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha affrontato, con una propria circolare, alcune problematiche sorte in seguito alla riforma della disciplina del riporto delle perdite da parte dei soggetti IRES diversi dagli enti non commerciali.

Refresh: fra le numerose disposizioni contenute dalla manovra correttiva, è, infatti, prevista la limitazione della deduzione delle perdite all’80% del reddito imponibile; al

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

riguardo, secondo quanto regolato dal c. 9 dell'art. 23 del dl n. 98/2011 (convertito con legge n. 111/2011) vengono riscritti completamente i primi due commi dell'articolo 84 del TUIR in materia di riporto delle perdite.

(Consiglio nazionale dei dottori commercialisti, circ. n. 24/IR del 14 sett. 2011)

Utilizzazione del credito per imposte anticipate

L'Agenzia delle entrate ha precisato:

- che il credito d'imposta, derivante dalla trasformazione delle attività, per imposte anticipate iscritte in bilancio, può essere utilizzato, senza limiti d'importo, a partire dalla data d'approvazione del bilancio dall'assemblea dei soci;
- che tale utilizzo del credito deve essere indicato in dichiarazione dei redditi (Quadro RU di Unico Sc con codice 80) e dal momento della trasformazione inibirà la possibilità d'effettuare le connesse variazioni in diminuzione del reddito d'impresa.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 94 del 22 sett. 2011)

Comunicazioni all'Anagrafe tributaria dei contratti di leasing

L'Agenzia delle entrate ha, con un Comunicato stampa, dato notizia di alcune indicazioni, fornite con nota del 22.09.11 dalla Direzione Centrale Accertamento, circa l'obbligo di comunicazione dei dati relativi ai contratti di leasing per l'implementazione, ai fini del "redditometro", delle banche dati dell'Agenzia stessa. Si riporta il testo del Comunicato di cui trattasi:

“ L'Agenzia delle Entrate fornisce i chiarimenti agli operatori economici che hanno l'obbligo di comunicare all'Anagrafe Tributaria i dati relativi ai contratti di leasing, come stabilito dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 5 agosto 2011.

Sono interessati dall'obbligo di comunicazione le banche e gli intermediari finanziari che esercitano attività di leasing finanziario e/o operativo nonché gli operatori commerciali che svolgono attività di locazione e/o noleggio. L'Agenzia chiarisce, inoltre, che i soggetti obbligati alla comunicazione dei contratti di leasing all'Anagrafe Tributaria sono esonerati da quella delle operazioni rilevanti ai fini Iva (cd. spesometro).

Sono oggetto della comunicazione i contratti, stipulati sia con persone fisiche che giuridiche, di leasing finanziario e operativo, di locazione e quelli di noleggio. Tra i contratti interessati ci sono quelli relativi a autovetture, autocaravan e altri veicoli, unità da diporto e commerciali, aeromobili, immobili, beni mobili, etc.

Quando presentare la comunicazione - A regime la comunicazione deve essere trasmessa entro il 30 giugno di ogni anno in relazione ai contratti in vigore nell'anno precedente (per esempio il 30 giugno 2012 con riferimento all'anno 2011).

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Per quanto riguarda invece il periodo transitorio, scade il 31 dicembre il termine per le società che devono inviare la comunicazione per i contratti in essere nelle annualità 2009 e 2010.

Si tratta in particolare di:

- società di leasing che non sono state destinatarie del questionario ex art. 32 del dpr n.600/73;
- società di leasing che - seppur destinatarie - non hanno ancora risposto al questionario ex art. 32 del dpr n.600/73;
- società di capitali, non iscritte nell'elenco generale o in sue sezioni del Tub, relativamente ai contratti di locazione, di noleggio in essere nelle annualità 2009 e 2010. “

NB. Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate, cliccando su “[fornisce i chiarimenti](#)”, si avrà accesso alla nota del 22.09.11, della Direzione centrale accertamento – Settore analisi e strategie, riportante tutte le risposte ai vari quesiti proposti.

(Agenzia delle entrate, comunicato stampa del 26 sett. 2011)

Ritenute ai soci, no alla riattribuzione alla società di capitali

L'Agenzia delle entrate ha detto “no” alla riattribuzione delle ritenute dai soci alla srl trasparente; ciò in quanto la tassazione per trasparenza, ex art. 116 del Tuir, costituisce un'eccezione all'ordinario regime di tassazione Ires delle società di capitali che non può essere contraddetta, seppur limitatamente, dalla riattribuzione delle ritenute eccedenti da parte dei suoi soci persone fisiche. Riattribuzione che risulta, invece, possibile per i soggetti collettivi di cui all'art. 5 del Tuir (società di persone, associazioni professionali ecc.) per i quali il regime della trasparenza fiscale costituisce l'ordinario criterio di tassazione.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 99 del 3 ott. 2011)

I chiarimenti sull'Iva al 21%

L'Agenzia delle entrate ha emanato la circolare, che illustra gli effetti dell'aumento al 21% dell'aliquota ordinaria Iva.

Nella stessa, tra l'altro, viene concesso lo slittamento del termine, originariamente previsto al 17.10.11, per la regolarizzazione senza sanzioni di eventuali errori compiuti in fase di prima applicazione della nuova aliquota IVA del 21%, disponendosi che la regolarizzazione delle fatture emesse con la minore aliquota possa avvenire:

- 1) per i contribuenti che effettuano le liquidazioni periodiche con cadenza mensile, entro il termine stabilito per il versamento dell'acconto IVA (27 dicembre), relativamente alle fatture emesse entro il mese di novembre, ed entro il termine di liquidazione annuale (16 marzo), per le fatture emesse nel mese di dicembre;

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

- 2) per i contribuenti che effettuano le liquidazioni periodiche con cadenza trimestrale, sia per previsione di legge che per opzione, entro il termine stabilito per il versamento dell'acconto IVA (27 dicembre), relativamente alle fatture emesse entro il mese di settembre, ed entro il termine di liquidazione annuale (16 marzo), per le fatture emesse nel quarto trimestre.

GIURISPRUDENZA

Scadenza biennale per il credito iva in mancanza del modello VR

La Cassazione – ribaltando la precedente sentenza n. 10428 del 12.05.11, con la quale aveva invece riconosciuto nel caso di specie l'applicazione della prescrizione decennale ordinaria - ha statuito che la domanda relativa al il rimborso del credito Iva non richiesto col modello VR deve essere presentata, a pena di decadenza, entro il termine biennale di cui all'art. 21 del d.lgs n. 546/92.

(Cassazione, sentenza n. 18920 del 16 sett. 2011)

Le penalità pagate per la violazione di obblighi contrattuali sono deducibili

La Cassazione ha statuito che le penali pagate dalle aziende per la violazione di obblighi contrattuali - dal momento che la loro previsione non ha natura né sanzionatoria né punitiva, ma assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria - ineriscono all'attività d'impresa e, pertanto, sono fiscalmente deducibili.

Il caso sottoposto alla Corte afferiva a penali pagate da una società immobiliare per ritardate consegne di appartamenti dati in locazione.

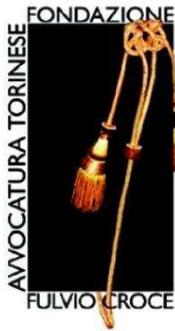
(Cassazione, sentenza n. 19702 del 27 sett. 2011)

Nel Transfer pricing la conformità alla metodologia Ocse è incontestabile

La Commissione tributaria regionale per il Lazio ha statuito che il fisco, se la metodologia utilizzata è conforme alle linee guida dell'Ocse, non può rettificare il metodo scelto dal contribuente per la determinazione dei prezzi normali nelle operazioni infragruppo estere.

Nel caso di specie il contribuente aveva utilizzato l'indice di profittabilità Roce che, recita la sentenza, in quanto ricompreso tra i sistemi di calcolo indicati nel rapporto Ocse sul transfer pricing, rappresenta uno strumento idoneo per individuare la redditività della consociata italiana da sottoporre a tassazione.

(Ctr per il Lazio, sentenza n. 580/1/2011, depositata il 19 sett. 2011)



Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce

Torino, via Santa Maria n. 1

Mercoledì, 9 novembre 2011

Presentazione della rivista on-line “NDS - Il Nuovo Diritto delle Società”

ore 17,00 Saluto e introduzione del Presidente della Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce **Marco D'Arrigo**

Presentazione della Rivista a cura dei Direttori
Oreste Cagnasso e Maurizio Irrera

Presentazione della Rivista da parte dei Direttori delle Sezioni

Luciano Panzani (*Diritto fallimentare*)

Massimo Travostino e Luca Pecoraro (*Diritto industriale*)

Gilberto Gelosa (*Diritto tributario*)

Marco Casavecchia (*Pubblica amministrazione e impresa*)

Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli (*Trust e negozi fiduciari*)

Presentazione della Banca dati e delle segnalazioni a cura di **Maria Di Sarli**

Interventi e dibattito

ore 19,30 Aperitivo

La partecipazione all'incontro è gratuita e dà diritto al riconoscimento di n. 2 crediti formativi.

Iscrizioni:

- per gli Avvocati del Foro di Torino direttamente sul programma “RICONOSCO”

- per gli Avvocati di altri Fori con e-mail all'indirizzo prenotazionecorsi@ordineavvocatitorino.it

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: 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: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per inform azioni 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 - Amministratore delegato: Domenico Ioppolo - Vice Direttore generale (finanza e legal e) : 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 ItaliaOggi Editori - Erinne 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 ItaliaOggi Editori - Erinne srl.