

Anno 9 – Numero 22

30 novembre 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:

- Quote di società di persone
- Lettere di *patronage*
- Manovra di ferragosto

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 Reviglione, 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

Alessandra Bonfante, Elena Fregonara, Andrea Pessina, Carlo Pessina, Giovanni Edoardo Vaccaro

INDICE

	<i>Page</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>Le acquisizioni di quote di società di persone</i> di Elena Fregonara	9
<i>I vizi della delibera di trasformazione</i> di Alessandra Bonfante	25
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Le lettere di patronage e l'indicazione dell'importo massimo garantito</i> <i>(Nota a Cassazione, 26 gennaio 2010, n. 1520)</i> di Giovanni Edoardo Vaccaro	31
FISCALITÀ	
<i>Manovra di ferragosto - La nuova Robin Hood Tax</i> di Carlo Pessina e Andrea Pessina	40
<i>Manovra di ferragosto - Le nuove sanzioni in materia di studi di settore</i> di Carlo Pessina e Andrea Pessina	44
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	48
SEGNALAZIONI DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA	50
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	53
INFORMAZIONE CONVEGNI	56

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Le acquisizioni di quote di società di persone

Secondo la tradizionale impostazione delle società di persone la partecipazione di ogni singolo socio costituisce elemento essenziale del contratto sociale e, di conseguenza, ogni mutamento relativo alle persone dei soci importa una modifica delle originarie pattuizioni: ciò determina che l'acquisizione di quote di queste realtà rappresenta una fattispecie di rilievo solo residuale. La presente indagine mira a verificare la fattibilità di una diversa configurazione del modello attraverso l'autonomia statutaria.

di **Elena Fregonara**

I vizi della delibera di trasformazione

Il saggio ricostruisce le cause di nullità e di annullabilità dell'atto di trasformazione ed i relativi rimedi, di carattere reale ed obbligatorio.

di **Alessandra Bonfante**

COMMENTI A SENTENZE

Le lettere di patronage e l'indicazione dell'importo massimo garantito (Nota a Cassazione, 26 gennaio 2010, n. 1520)

L'Autore prende in esame una pronuncia della Corte di Cassazione in tema di garanzie atipiche su obbligazioni future, soffermandosi sulle differenze tra fideiussione e lettere di patronage.

di **Giovanni Edoardo Vaccaro**

FISCALITÀ

Manovra di ferragosto - La nuova Robin Hood Tax

Il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (noto come manovra di Ferragosto) ha inasprito l'ammontare dell'addizionale IRES (cosiddetta Robin Hood Tax) elevandola dall'attuale misura del 6,5% a quella del 10,5%, dovuta dalle imprese operanti nel settore petrolifero e energetico. Inoltre ha ampliato la platea dei soggetti interessati, riducendo il volume dei ricavi di riferimento, conseguito nell'anno precedente, da € 25 milioni ad € 10 milioni per l'individuazione dei medesimi, e ha introdotto altresì un altro parametro per l'applicazione della tassa suddetta: un reddito imponibile conseguito l'esercizio precedente superiore ad un milione di euro.

di **Carlo Pessina e Andrea Pessina**

SOMMARIO

Manovra di ferragosto - Le nuove sanzioni in materia di studi di settore

Nel presente contributo vengono illustrate le modifiche introdotte dalla cosiddetta manovra di ferragosto in tema di sanzioni riguardanti i soggetti sottoposti agli studi di settore.

La stessa manovra prevede la possibilità per gli uffici di effettuare accertamenti di tipi analitico-induttivo basato su presunzioni, nel caso in cui il contribuente non risulti congruo per due esercizi consecutivi: quello relativo all'accertamento e quello anteriore.

di Carlo Pessina e Andrea Pessina

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
Acquisitions of shares in partnerships	9
<i>From a traditional point of view, every single partner's share in a partnership represents one of the essential elements of the social contract; therefore, changes in the structure of a partnership involve changes in the original social agreement. So, acquisition of shares in a partnership could be considered an hypothesis of mean importance. The aim of the essay is to set up a new model appealing to the statute autonomy.</i>	
by Elena Fregonara	
The defects of companies' transformation	25
<i>This paper analyses the causes and of nullity and annullability of companies' transformation and the respective remedies.</i>	
by Alessandra Bonfante	
COMMENTS ON JUDGMENTS	
Comfort letter and the indication of the guaranteed upper limit (Note to Cassazione, 26 gennaio 2010, n. 1520)	31
<i>The Author examines a pronouncement of the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) about atypical guarantees on future obligation, focusing the attention on the differences between guarantee and comfort letter.</i>	
by Giovanni Edoardo Vaccaro	
TAXATION	
Decreto legge 13 august 2011, n. 138 ("Manovra di ferragosto") – The new Robin Hood Tax	40
<i>Decreto legge 13 august 2011, n. 138 (also known as "manovra di Ferragosto") has increased the amount of the surtax IRES (so called Robin Hood Tax), due by the oil and energy companies, from 6,5% to 10,5%. Moreover, it has extended the number of the interested persons, by reducing the volume of business required from 25 million euro to 10 million euro, and it has introduced an other parameter for the application of the tax: a taxable income in the last fiscal year above one million euro.</i>	
by Carlo Pessina and Andrea Pessina	

INDEX-ABSTRACT

Decreto legge 13 august 2011, n. 138 (“Manovra di ferragosto”) - New fines regarding sector studies 44

In this paper the Authors show the modifications introduced by the “Manovra di ferragosto” regarding the fines for the persons subjected to the sector studies.

The same law provides that the Public Administrations can perform an analytic verification, based on presumptions, when the taxpayer does not result congruent in the last two fiscal years.

by **Carlo Pessina** and **Andrea Pessina**

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

Secondo la tradizionale impostazione delle società di persone la partecipazione di ogni singolo socio costituisce elemento essenziale del contratto sociale e, di conseguenza, ogni mutamento relativo alle persone dei soci importa una modifica delle originarie pattuizioni: ciò determina che l'acquisizione di quote di queste realtà rappresenta una fattispecie di rilievo solo residuale.

La presente indagine mira a verificare la fattibilità di una diversa configurazione del modello attraverso l'autonomia statutaria.

di ELENA FREGONARA

I-Premessa

L'acquisizione di quote di società di persone costituisce una fattispecie di rilievo residuale nell'ambito del tema delle acquisizioni societarie che, di norma, interessa le società di capitali. La ragione della differente importanza della questione nelle due categorie di società deve essere principalmente individuata nella profonda diversità delle regole che governano il trasferimento delle partecipazioni sociali.

Come noto, nelle società personali, risulta particolarmente accentuato il c.d. *intuitus personae* e, in questo senso, emerge il valore della personalità del socio e delle sue doti individuali. Secondo l'impostazione voluta dal legislatore, quindi, la partecipazione di ogni singolo socio costituisce elemento essenziale del contratto sociale e, di conseguenza, ogni mutamento relativo alle persone dei soci importa una modifica delle originarie pattuizioni.

Il tema appare, dunque, molto delicato non solo in considerazione del fatto che la cessione della quota *inter vivos*, secondo il modello legale, può realizzarsi esclusivamente con il consenso unanime degli altri soci, ma anche perché implica effetti patrimoniali rilevanti per il nuovo socio.

Nell'assetto tradizionale del codice, pertanto, pare possibile affermare che la via maestra per l'uscita di un socio dalla compagine sociale rimane il recesso, viceversa, il trasferimento della partecipazione, che implica una modifica dei patti sociali e si porta dietro anche la responsabilità illimitata del socio acquirente per le obbligazioni sociali anteriori, continua a rappresentare la c.d. 'porta stretta'.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

Alla luce dei rigidi elementi normativi che caratterizzano l'istituto in esame si comprende il ridotto interesse degli operatori e la scarsa diffusione del fenomeno nella prassi.

Tuttavia, dopo aver illustrato le strettoie imposte dal legislatore, l'obiettivo della presente indagine è anche quello di verificare la fattibilità di una diversa configurazione del modello attraverso l'autonomia statutaria.

II- La disciplina: il modello legale e la sua derogabilità

Con riferimento alla disciplina della fattispecie in esame va, in primo luogo, osservato che l'impianto normativo dedicato a tutte le società di persone - con la sola eccezione contenuta nell'art. 2322 cod. civ. e relativa alla partecipazione del socio accomandante¹ - non offre alcuna norma destinata specificatamente alla regolamentazione del trasferimento della quota di un socio. Invero la fattispecie, come già anticipato nelle premesse, viene tradizionalmente configurata nell'ambito delle modificazioni del contratto sociale e normativamente ricostruita attraverso il collegamento di tre disposizioni - gli artt. 2252, 2269 e 2290 cod. civ. - che, rispettivamente, si occupano delle modifiche dei patti sociali, della responsabilità del nuovo socio e di quella del socio uscente².

In questa prospettiva, la sostituzione di un socio implica un cambiamento 'soggettivo' del contratto sociale originario e, pertanto, richiede, ai sensi dell'art. 2252 cod. civ. - applicabile anche alle società in

nome collettivo per l'espreso richiamo di cui all'art. 2293 cod. civ. e alle società in accomandita semplice, per quanto riguarda l'accomandatario, in forza dell'art. 2315 cod. civ. -, l'accordo di tutti gli altri soci salvo che non sia diversamente convenuto: in merito, autorevole dottrina ha sottolineato come questa impostazione legislativa comporta che delle due prospettive con cui l'ordinamento valuta la partecipazione sociale, come bene mobile o come posizione contrattuale, prevalga quest'ultima³.

¹ V., *infra*, par. 3.

² Sul tema v.: G. C. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, *passim*; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 647 ss.; G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004, p. 237 ss.; P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, Torino, 1995, *passim*; I. TASSINARI, *Trasferimento per atto tra vivi delle quote sociali nelle società di persone*, in *Riv. not.*, 1958, p. 294; C. SANTAGATA, *La responsabilità interna dell'ex socio*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, vol. II, Napoli, 1983, p. 1029; E. SIMONETTO, *Intrasferibilità della quota di socio della collettiva e dell'accomandatario*, in *Arch. civ.*, 1985, p. 289.

³ In questo senso v. G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 240.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

Quanto agli effetti il nuovo socio, ovvero l'acquirente della quota, risponde verso i terzi con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all'entrata in società (art. 2269 cod. civ.) e il socio uscente è responsabile per le obbligazioni sociali sino al giorno in cui si verifica lo scioglimento del suo rapporto con la società (art. 2290 cod. civ.).

Il trasferimento della quota non determina, dunque, la stipulazione di un nuovo contratto di società, bensì il contratto sociale permane nella sua identità in quanto «l'elasticità della sua struttura» consente l'uscita di vecchi soci e l'ingresso di nuovi, senza che ciò dia luogo alla sostituzione di un contratto con un altro ma solo alla modifica di quello originario: la possibilità di rettificare i patti sociali costituisce un espediente volto ad evitare la stipulazione di tanti nuovi contratti quante volte le più diverse vicende esigano o importano mutamenti nel contenuto o in alcune parti di quelli⁴.

Risulta, peraltro, indifferente ai fini della disciplina applicabile che il cessionario della quota sia un terzo o un socio giacché anche in quest'ultimo caso non varia il patrimonio sociale e, pur non avendosi l'ingresso di persone estranee, l'originario rapporto viene comunque modificato perché il cedente esce dalla società e un altro socio incrementa la sua quota di partecipazione con la conseguente alterazione del complessivo equilibrio di diritti e poteri⁵. Tuttavia, la cessione della quota si potrebbe realizzare anche mediante frazionamento della stessa a favore di più acquirenti, soci o non.

Comune conseguenza a queste diverse configurazioni della fattispecie è rappresentata unicamente da un cambiamento della base su cui calcolare la maggioranza per teste, giacché muta il numero dei soci: in diminuzione, se la quota di un socio si accresce, in aumento, viceversa, quando il trasferimento avviene mediante scomposizione dell'originaria quota tra più acquirenti.

Il consenso di tutti gli altri soci, richiesto dalla legge per rendere valido il trasferimento della quota, pare possa essere prestato anche tacitamente giacché l'art. 2252 cod. civ. nulla specifica sul punto e, in generale, nelle società di persone non sono previste particolari formalità.

In ogni caso, l'inciso finale della norma in esame fa espressamente salva la possibilità di una deroga alla regola dell'unanimità: si dubita, tuttavia, che la pattuizione di una generica regola maggioritaria possa riferirsi oltre che alle modalità organizzative anche ai mutamenti delle persone dei soci. Pertanto, pur nel silenzio del legislatore riguardo alla specifica fattispecie della cessione della qualità di socio illimitatamente responsabile, pare quantomeno opportuno precisare esplicitamente che, nella regola

⁴ Così M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 657.

⁵ ID, *op. cit.*, p. 652.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

convenzionale che abiliti a cambiare a maggioranza il contratto, rientrino anche i mutamenti soggettivi⁶.

Meno pacifica, invece, risulta la possibilità di ulteriormente ‘allargare le maglie’ di una formula genericamente dettata per tutte le modifiche dei patti sociali riconoscendo la legittimità di una clausola che preveda la libera trasmissibilità della partecipazione sociale.

Sul punto la dottrina è divisa. Secondo una parte degli autori, mentre non v’è dubbio che il contratto sociale possa consentire il futuro trasferimento della quota a favore di persone determinate, individuate o indicate nello stesso, resta, invece, da interrogarsi sulla validità di un patto attraverso il quale il cessionario della quota possa essere un soggetto attualmente ignoto, ma che sarà prescelto dal socio cedente quando, in un tempo successivo, procederà alla cessione della propria quota.

Il patto preventivo di libera trasmissibilità per atto *inter vivos* della quota da parte del socio, che non sia l’accomandante, è sembrato, infatti, incompatibile con l’essenza della società personale fondata sulla necessaria considerazione e valutazione delle persone dei soci⁷. D’altro canto, si è ritenuto irragionevole lasciare alla libera scelta di ogni socio modifiche riguardanti elementi essenziali del contratto di società: in questo senso, è stato osservato che un socio può partecipare ad una società personale anche e soprattutto in considerazione delle doti individuali degli altri soci ed è quindi logico che nessun socio possa arbitrariamente sostituire a sé altra persona⁸. Peraltro, il socio anche se di maggioranza, in questo caso, dovrebbe assumere una decisione di carattere eminentemente sociale senza avere un concreto interesse nell’individuazione dell’acquirente della partecipazione⁹. L’eventuale clausola dell’atto costitutivo che consentisse il libero trasferimento delle quote verrebbe a snaturare il criterio distintivo delle società personali rendendo fungibile la persona del socio e consentendo quindi l’ingresso in società di soggetti che possono non riscuotere la fiducia di coloro che già partecipano alla compagine sociale.

Alla stessa maniera non si ammette la validità del patto in esame qualora consenta la libera trasmissibilità della quota a favore di persone appartenenti a una «cerchia predeterminata ma costituita da un complesso fluttuante di persone, diversa naturalmente sarebbe la conclusione se le persone appartenenti a quella cerchia fossero predeterminate o conosciute»¹⁰.

⁶ Sul punto v. A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 110; G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 239.

⁷ Cfr. M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 655. Nello stesso senso cfr. I. TASSINARI, *op. cit.*, p. 296; E. SIMONETTO, *op. cit.*, 289.

⁸ Così I. TASSINARI, *op. cit.*, p. 294.

⁹ Così E. SIMONETTO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Così M. GHIDINI, *op. loc. ult. cit.*

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

A giudizio di questi autori è, dunque, possibile riconoscere la legittimità del trasferimento della quota compiuto da un socio per atto *inter vivos* solo a condizione che gli altri soci abbiano potuto previamente conoscere e, in qualche maniera, valutare il cessionario.

Nonostante le suggestive argomentazioni di questa parte della dottrina, l'orientamento prevalente è favorevole all'inserimento nei contratti sociali delle clausole di libera trasferibilità fra vivi della quota¹¹. Il relativo patto, in effetti, non pregiudicherebbe né l'interesse dei soci che di tale interesse hanno disposto contemplando espressamente questa possibilità, né, tantomeno, quello dei creditori che restano ampiamente tutelati dalla previsione di una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali anteriori anche in capo al nuovo socio, nonché a quello uscente.

Sotto il primo profilo, si è osservato che con l'introduzione di una clausola di tal genere la modifica non è rimessa alla volontà del singolo ma, in realtà, il consenso degli altri soci, rispetto al modello legale, è solo anticipato al momento dell'inserimento nell'atto costitutivo della clausola stessa¹².

D'altro canto, per i terzi che hanno instaurato rapporti con la società non sussistono assolutamente differenze tra il trasferimento della partecipazione attuato in virtù di una clausola di libera trasferibilità oppure con decisione unanime degli altri soci, né, in ogni caso, possono ritenersi pregiudicati dall'eventuale minore capacità di gestione dell'impresa sociale del nuovo socio ovvero dal differente credito di costui nel mondo degli affari¹³.

Oltre a tutto ciò l'ampio spazio riservato all'autonomia privata nell'ambito delle società di persone, certamente, consente di graduare le regole di svolgimento dell'attività secondo le esigenze del caso concreto attraverso l'adozione di una disciplina statutaria *ad hoc*: in questo senso, paiono legittime anche tutte quelle tecniche di circolazione della quota che, superando la regola tradizionale del consenso di tutti i soci, facilitino ed, anzi, possano incoraggiare l'investimento in queste imprese¹⁴.

Non si può, tuttavia, escludere la possibilità che i patti sociali abbinino alle clausole di libera trasferibilità clausole di prelazione e gradimento non mero

¹¹ In questo senso, in dottrina cfr. P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 340; G. C. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 327; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 7^a ed., Torino, 2010, p. 103; JAGER-F. DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2010, p. 126; P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 42. In giurisprudenza v. App. Torino, 19 novembre 1957, in *Foro it.*, 1958, I, 1389; Cass., 22 giugno 1963, n. 1692, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 40; Cass., 10 febbraio 1971, n. 340, in *Giur. It.*, 1971, I, 1, 1723; Trib. Milano, 28 dicembre 1989, in *Giur. Merito*, 1991, 550.

¹² In questo senso, P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 47.

¹³ Così P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴ In argomento, cfr. P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 5.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

ripristinando, in tal maniera, una regolamentazione, seppure in misura minore rispetto a quella prevista dal modello legale, in ordine alla circolazione delle quote¹⁵.

Con riferimento alle sole clausole di prelazione si è anche osservato che «*in astratto, nulla vieta che la previsione contrattuale del diritto di prelazione a favore dei soci o di alcuni di essi si aggiunga alla previsione dell'unanime consenso dei soci ai trasferimenti delle quote societarie, giacché le due previsioni, benché entrambe limitative della libera trasferibilità delle quote di partecipazione societaria, operano su piani differenti, la seconda sottoponendo l'alienazione e l'acquirente al placet dei soci diversi dall'alienante, la prima consentendo a quest'ultimo di cedere la propria quota a terzi solo ove, alle medesime condizioni, nessuno degli altri soci sia disposto ad acquistarla*»¹⁶. In queste ipotesi, la regola legale dell'immodificabilità del contratto senza il consenso unanime prevale rispetto al diritto di prelazione pattuito convenzionalmente: pertanto ogni singolo socio potrà opporsi alla cessione della quota da un socio ad un altro conseguente all'esercizio della prelazione.

Merita, infine, soffermarsi brevemente sulla sorte della quota del socio accomandatario rispetto ad una previsione contrattuale di libera trasferibilità giacché si è sottolineato come la riserva di amministrazione a favore di questa categoria di soci comporterebbe per l'ingresso di nuovi accomandatari la necessaria approvazione dei soci preesistenti¹⁷. In realtà, il meccanismo di rinvio alle società in nome collettivo, ex art. 2315 cod. civ., su cui è costruita la disciplina dell'accomandita semplice, nonché il fatto che anche nelle altre società personali ogni socio potrebbe esercitare funzioni gestorie e, invece, la qualità di accomandatario non postula necessariamente l'esercizio di queste funzioni, fanno concludere per la legittimità della previsione anche con riferimento alla posizione dei soci accomandatari.

III. Gli effetti del trasferimento della quota: il modello legale e la sua derogabilità

I maggiori problemi applicativi della fattispecie concernono sicuramente il tema della suddivisione, tra cedente e cessionario, delle responsabilità per le obbligazioni sociali anteriori alla cessione.

Il quadro normativo di riferimento è rappresentato da due disposizioni: l'art. 2269, inserito nella sezione dedicata ai «*rapporti con i terzi*», che prevede la responsabilità del nuovo socio anche per le obbligazioni anteriori alla sua entrata e l'art. 2290 che, con riguardo ai casi di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio, sancisce la responsabilità del socio uscente verso i terzi fino al giorno in cui si è

¹⁵ Sul tema v. P. MAGNANI, *Le clausole di prelazione gradimento nelle s.a.s.*, in *Notariato*, 1998, p. 57.

¹⁶ Così Trib. Napoli, 24 aprile 1997, in *Notariato*, 1998, p.54.

¹⁷ V. P. SPADA, *La tipicità della società*, Padova, 1974, p. 319.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

verificata la cessione del rapporto sociale. L'applicazione di quest'ultima norma anche al trasferimento *inter vivos* della quota viene concordemente individuata nell'esigenza di evitare che una vicenda realizzatasi senza l'intervento dei creditori sociali li privi della possibilità di agire esecutivamente sul patrimonio di un socio illimitatamente responsabile¹⁸.

Dalla lettura di due articoli emerge un dato: con la sostituzione di un socio ad un altro i terzi creditori si vedono raddoppiate le possibilità di recupero potendo agire, per le obbligazioni pregresse, anche sul patrimonio del cessionario¹⁹. In questo senso, entrambe le norme appaiono destinate alla regolazione dei rapporti *esterni*, con i creditori sociali.

Nel silenzio del legislatore e del contratto sociale, il sistema delineato potrebbe far presumere che anche nei rapporti *interni* tra cedente e cessionario operi un meccanismo di divisione ugualitaria delle responsabilità²⁰.

Tuttavia, tale presunzione viene superata da una parte della dottrina attraverso l'inquadramento della fattispecie nell'ambito della figura della cessione del contratto, attraverso cui il socio cedente intende sostituire a sé il cessionario nel complesso unitario dei rapporti derivanti dal contratto sociale e quindi nella posizione di socio²¹.

Presupposto necessario ai fini dell'applicazione degli artt. 1406 e ss. cod. civ. risiede nel fatto che le prestazioni tra le parti non siano ancora completamente eseguite: in questa prospettiva è stato osservato che anche il socio che ha già effettuato integralmente il conferimento promesso ha altri obblighi quali, ad esempio, l'obbligo di garanzia per i conferimenti, l'obbligo di concorrere alle modifiche del contratto sociale e alla perdite con la propria responsabilità illimitata, d'altro canto, la società ha sempre l'obbligo di corrispondere i futuri utili.

Il consenso del contraente ceduto, elemento costitutivo della cessione, è, in questo caso, rappresentato dal consenso che i soci devono prestare per il trasferimento ai sensi dell'art. 2252 cod. civ.

Tale inquadramento sistematico della fattispecie si riflette sulla disciplina dei rapporti interni per quanto concerne la spartizione delle responsabilità tra cedente e cessionario: una volta acquisita l'accettazione al trasferimento, infatti, il socio cedente è liberato, verso la società e gli altri soci, dal vincolo sociale e, dunque, dalle relative obbligazioni (1408, 1° comma, cod. civ.). Tuttavia, è fatta salva la possibilità per i soci restanti di dichiarare, nel momento di manifestazione del consenso all'operazione, di

¹⁸ Così P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 56. In senso conforme v. Cass., 13 dicembre 2010, n. 25123, in questa rivista, 2011, con nota di G. POLICARO.

¹⁹ In questo senso cfr. G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 237.

²⁰ Sul tema v. Cass., 13 dicembre 2010, cit., ove la Corte suprema afferma l'esclusiva applicabilità dell'art. 2290 cod. civ. ai rapporti verso i terzi.

²¹ In questo senso cfr. M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 656.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

non liberare il socio cedente il quale, in quest'ipotesi, assumerà una responsabilità, come garante, per l'adempimento delle obbligazioni trasferite: la sua responsabilità resterà pertanto sussidiaria a quella del cessionario.

Altra parte della dottrina giunge alle medesime conclusioni, e quindi ad affermare la definitiva incidenza dei debiti sociali in capo al cessionario, partendo dalla ricostruzione della responsabilità di quest'ultimo nonché dell'ex socio per le obbligazioni sociali pregresse quale ipotesi di garanzia per un debito della società e proponendo una soluzione fondata sull'integrazione delle norme generali in materia di solidarietà per un debito altrui con la disciplina societaria²².

In quest'ottica, è stato sottolineato come l'interesse sottostante la garanzia assunta tanto dall'originario socio quanto dal socio cessionario per le obbligazioni anteriori alla cessione risiede e ha la sua effettiva giustificazione nel rapporto di partecipazione sociale e, in questo senso, «*la responsabilità del socio uscente e quella del nuovo socio è solidale...allo stato puro*»²³: questo sistema, tuttavia, funziona con riferimento ai c.d. rapporti esterni e può estendersi, eventualmente, ai rapporti interni solo ove si dimostri che l'impianto normativo non offre alcun diverso e attendibile criterio di riparto.

Ai fini della verifica della suddivisione della responsabilità nei rapporti interni è, dunque, rilevante determinare il momento in cui la garanzia esplica il suo effetto peculiare, *id est* il pagamento dell'obbligazione comune: non vi è dubbio che a quel momento l'ex socio risulta carente di interesse sostanziale alla garanzia. In effetti, già dall'ammissione del cessionario era venuto meno l'interesse alla garanzia nel cedente, pur responsabile nei confronti dei creditori sociali, perché assorbito dal prevalente e più attuale interesse sorto in capo al nuovo socio²⁴.

Ne segue che il socio cessionario che ha pagato i debiti della società dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio sociale, non avrà alcun regresso nei confronti del cedente; viceversa, se il pagamento delle obbligazioni anteriori alla cessione è stato richiesto ed effettuato dall'ex socio il regresso potrà esplicarsi per intero nei confronti degli attuali soci.

Queste conclusioni trovano, peraltro, piena conferma anche sotto il profilo contabile giacché, in sede di liquidazione della quota, il saldo attivo è stato conteggiato sulla base della situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si è verificato lo scioglimento: di conseguenza, l'ammontare delle obbligazioni contratte, ma ancora inadempite, dalla società fino a quel giorno dovrebbe essere stato conteggiato nella determinazione del prezzo della quota²⁵.

²² C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 1029 ss.

²³ Così ID, *op. cit.*, p. 1031.

²⁴ ID, *op. cit.*, p. 1064. Nello stesso senso v. P. PISCITELLO, *op. cit.* p. 112.

²⁵ Così C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 1065.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

Pertanto, in caso di pagamento di tali obbligazioni successivamente effettuato dall'*ex socio*, si deve presumere che a quest'ultimo competa l'integrale regresso verso il cessionario giacché, diversamente, il carico delle perdite per le operazioni in corso, già conteggiate in detrazione all'atto della liquidazione della quota, inciderebbe di nuovo su di lui.

Differente, invece, risulta la situazione nell'ipotesi di sopravvenienze passive ignote al momento della valutazione della partecipazione ceduta: pare legittimo, in tal caso, gravare il cedente del relativo peso economico e, quindi, riconoscere un diritto di regresso in capo al cessionario²⁶. In quest'ottica, la situazione debitoria della società al momento del trasferimento acquista notevole importanza e costituisce uno degli elementi decisivi di cui tener conto per la definizione del corrispettivo della cessione.

Considerati gli effetti del trasferimento della quota nei rapporti interni in mancanza di una diversa pattuizione espressa, è opportuno che i soci, nel consentire la cessione, stabiliscano le sorti dei conferimenti non ancora interamente eseguiti, in particolare quando si tratti di prestazioni di servizi infungibili: in queste ipotesi, solo il cedente ha la competenza, l'abilità e la professionalità necessaria per effettuare quei conferimenti, pertanto la società potrebbe condizionare il subentro del nuovo socio al mantenimento dell'impegno da parte dell'*ex socio*²⁷.

Per quanto concerne, invece, il conferimento di un particolare bene in godimento, è stato osservato che, giacché il rapporto sociale non si estingue ma prosegue con un altro soggetto diverso, appare ragionevole ritenere che la società abbia diritto a continuare a godere dello stesso. Resta un problema: al momento dello scioglimento della società sembra preferibile che i beni conferiti in godimento vadano restituiti al legittimo proprietario, non pare infatti possibile che in virtù del trasferimento della partecipazione sociale possa attuarsi il trasferimento della titolarità di un diritto di proprietà che non risulta apportato in società²⁸.

Questo lo scenario normativo in assenza di espressi accordi tra le parti sugli effetti "interni" della cessione.

In questa prospettiva, pare lecita ed efficace tra cedente e cessionario una clausola, inserita nel contratto di trasferimento della quota, secondo la quale i debiti sociali anteriori al perfezionamento dell'accordo gravano soltanto sull'alienante, mentre quelli successivi esclusivamente sull'acquirente²⁹.

Con riferimento alle ipotesi di sopravvenienze passive è sembrata legittima l'introduzione di esplicite pattuizioni con cui il cedente si impegna a sopportare l'onere

²⁶ In senso conforme cfr. ID, *op. cit.*, p. 1066; P. PISCITELLO, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ Così G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 245. Sul tema cfr. P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 72 ss.

²⁸ Così P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 118.

²⁹ Così G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 244.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

economico delle obbligazioni anteriori alla cessione scoperte successivamente alla stessa ovvero con cui il cessionario si ponga al riparo da tale rischio prevedendo il rimborso di una somma proporzionale alle obbligazioni di cui si sia accertata l'esistenza³⁰.

IV. Ulteriori effetti del trasferimento e relativi modelli convenzionali

La varietà delle peculiari situazioni soggettive che caratterizza la posizione del socio di società personali determina il sorgere di numerosi problemi che non sussistono nella circolazione delle azioni o quote di società di capitali ove la responsabilità limitata dei soci e l'organizzazione corporativa della società semplificano le conseguenze della vicenda della quota.

Si tratta, quindi, di valutare queste ipotesi e l'eventuale possibilità di introdurre, nel contratto sociale ovvero nel contratto di cessione, delle clausole che espressamente si occupino della regolamentazione di quegli aspetti del trasferimento delle quote sociali per atto tra vivi che, diversamente, creerebbero occasioni di *empasse*.

Preliminarmente occorre verificare se chi subentra nel contratto al posto dell'alienante si sostituisce anche negli obblighi e diritti che sono connessi alla partecipazione sociale ma non ne costituiscono il contenuto³¹.

Con l'avvicendamento del cessionario al cedente, come autorevole dottrina ha sottolineato³², può rendersi opportuna una risistemazione dei rapporti tra i soci: in particolare, qualora i diritti connessi alla quota fossero stati riconosciuti al cedente non in proporzione al conferimento, bensì in ragione di fattori attinenti la sua persona, non vi è motivo per riconoscerli al cessionario.

Alla stessa maniera non pare possibile affermare che colui che acquista la quota ottenga automaticamente *il diritto di usare per fini personali i beni comuni* ovvero *il diritto di far concorrenza alla società* se queste condotte erano consentite all'alienante: l'autorizzazione, in questi casi, deve essere espressamente inserita nel contratto «*valutando la necessità e l'affidabilità delle singole persone per rendere gli interessi individuali compatibili con quelli sociali*»³³. Tuttavia, ai sensi dell'art. 2301, secondo comma, cod. civ., il consenso dei soci restanti si presume qualora l'acquirente della quota già esercitava nel medesimo settore commerciale e se il fatto era loro noto.

³⁰ Sul tema v. P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 112, l'a. segnala che l'uso di clausole siffatte, c.d. *clause de garantie du passif* e *clause de revision de prix*, risulta diffuso nell'ordinamento francese.

³¹ Sul punto v. G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 246; M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 661; P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 105.

³² M. GHIDINI, *op. loc. ult. cit.*

³³ Così G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

Non sussistono, invece, dubbi sul trasferimento al cessionario dei diritti patrimoniali, diritto agli utili e alla quota di liquidazione.

Per quanto riguarda la possibilità del passaggio al cessionario del ruolo ricoperto dal cedente nell'amministrazione della società è necessario distinguere l'ipotesi in cui tutti i soci della società sono amministratori, disgiuntamente o congiuntamente, secondo il modello legale, da quella in cui, viceversa, gli stessi abbiano voluto 'spezzare' la naturale connessione tra partecipazione sociale e amministrazione affidando la nomina dei gestori ad un atto separato³⁴.

Nel primo caso, è stato osservato che non c'è motivo per non applicare il ruolo di gestore anche al nuovo socio poiché l'attribuzione dei relativi poteri non pare l'effetto della volontà dei soci ma trova la sua fonte nella disciplina legale³⁵. In tale prospettiva, si è anche osservato che la trasmissibilità delle funzioni di amministratore è legittima giacché il presupposto dei relativi compiti «*non risiede nelle particolari capacità di quest'ultimo ma nella fiducia attribuibile al socio medio e, quindi, essendo stato ammesso il cessionario in società si deve riconoscere che tali poteri possano spettare pure a lui*»³⁶. Ne segue che se il cedente era stato escluso dalla gestione per ragioni inerenti la sua persona, può essere che il cessionario acquisti comunque i poteri amministrativi.

L'indubbio rilievo dell'attività di amministratore non impedisce che la stessa sia svolta da un soggetto non ancora determinato al momento della stipula del contratto sociale, ma è probabilmente opportuno che questa forma di regolamento degli interessi dei soci sia prevista nel contratto sociale, laddove, attraverso tale pattuizione, i soci accettino per il futuro di attribuire l'amministrazione della società ad un soggetto che verrà scelto solo dall'attuale socio amministratore³⁷.

È poi frequente che al consenso al subentro si accompagni una delibera di trasformazione della società, per esempio da collettiva in accomandita, ricollocando l'acquirente nella posizione di accomandante in modo da escluderlo dalla gestione: questa prassi consente di raggiungere un ottimo compromesso «*fra il desiderio di andarsene di un socio e quello dei restanti di non turbare i delicati equilibri di esperienza e fiducia che si sono con il tempo instaurati tra i soci e che potrebbero*

³⁴ Sul tema, di recente, v. PISCITELLO, *Governo delle società di persone e circolazione delle quote*, in ANGELICI e CERRAI (diretto da), *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 285.

³⁵ In questo senso cfr. G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 247; M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 662; P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 122.

³⁶ M. GHIDINI, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Così P. PISCITELLO, *op. loc. ult. cit.*

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

saltare con l'immissione improvvisa e non collaudata di una persona con diverso temperamento e possibili ambizioni di protagonismo»³⁸.

In ogni caso, se i soci restanti intendono evitare la successione automatica nel ruolo di amministratore dell'acquirente debbono precisarlo nell'atto di consenso alla cessione.

Quando, viceversa, l'atto costitutivo abbia delineato un particolare assetto amministrativo, riservando l'amministrazione solo ad alcuni soci, successivamente all'alienazione della quota, l'incarico del cedente termina e dovrà essere designato un nuovo amministratore oppure con un'espressa previsione si dovrà stabilire il subingresso del cessionario nel ruolo del cedente³⁹.

Un'altra ipotesi problematica in cui risulta importante il rilievo della persona del cedente è quella relativa al trasferimento della partecipazione del socio il cui nome sia stato inserito nella ragione sociale⁴⁰.

Come è stato osservato in dottrina, non avrebbe senso rimpiazzare tale nome con quello dell'ultimo venuto «*dato che è all'acquisita notorietà della ditta affermata nelle preferenze dei consumatori che si ricollega un valore economico*»⁴¹. La rigida connessione tra ragione sociale e composizione della compagine sociale che emerge dalla lettura dell'art. 2292 cod. civ., risulta, tuttavia, in parte attenuata dallo stesso legislatore laddove, al secondo comma, prevede la possibilità di conservare il nome del socio receduto o defunto, purché vi sia il consenso di questi. La *ratio* di questa norma risiede nella tutela dell'interesse al mantenimento della ragione sociale per favorire la conservazione dell'avviamento della società, interesse che pare assolutamente compatibile con la disciplina del trasferimento della quota.

I consoci, dunque, nel consentire la cessione della partecipazione sociale possono mantenere il nome dell'alienante che, naturalmente, abbia dato il suo benestare; in ogni caso, la responsabilità per le obbligazioni sociali sorte successivamente al suo esodo resta in capo al cessionario. In merito, si è pure osservato che non vi sono ragioni per escludere il fatto che il cedente possa prestare il proprio consenso anticipatamente, con l'inserimento nell'atto costitutivo di una clausola specifica⁴².

Per quanto concerne la questione del diverso valore del patrimonio sociale scoperto successivamente al trasferimento della partecipazione e la relativa predisposizione di clausole di garanzia circa la consistenza patrimoniale è opportuno

³⁸ Così G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*

³⁹ Così P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 123. Nello stesso senso, M. GHIDINI, *op. loc. ult. cit.*; G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ Sul tema v. P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 66 ss.; G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 246.

⁴¹ Così G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁴² Così P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 71.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

rinvia alle approfondite trattazioni del tema nell'ambito delle società di capitali giacché non emergono differenze di rilievo fra le due fattispecie⁴³. Si riporta, a titolo esemplificativo, un modello di clausola, utilizzata per la cessione di quote di società di capitali, ma applicabile anche alle personali:

«Il bilancio allegato al presente Atto sotto la lettera "A" rappresenta un quadro fedele della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato e economico alla data del ... Esso è stato redatto secondo i principi contabili e i criteri di valutazione previsti dal codice civile. Il cedente garantisce l'effettiva sussistenza del netto patrimoniale alla suddetta data di riferimento e garantisce le singole poste attive e passive dello stato patrimoniale e le singole voci del conto economico. In particolare il cedente dichiara che:

- tutti i crediti della società indicati nel bilancio sono esigibili per gli importi indicati, salvo le riserve previste - Il magazzino risultante dal bilancio è contabilizzato al minor valore fra quello di costo (determinato su base ...) e quello desunto dall'andamento del mercato. Il magazzino non è difettoso e consiste di articoli di qualità e quantità commercializzabile nell'ambito dell'ordinaria attività della società. La società ha la piena proprietà dei beni immobili attualmente utilizzati nell'attività sociale. Detti beni sono liberi da vincoli, ipoteche, oneri o pesi di qualsiasi genere e natura, non sono utilizzati dalla Società a titolo di leasing né sono oggetto di riserva di proprietà. Eventuali precisazioni circa la conformità alla legislazione urbanistica, catastale, energetica, sulla falsariga della disciplina della compravendita immobiliare). La Società ha in vigore le seguenti polizze di assicurazione: ... che coprono adeguatamente i rischi di perdita dei suoi beni immobili e non ha posto in essere alcuna azione od omissione che possa invalidare o pregiudicare il risarcimento previsto dalle polizze in questione.»

Con la cessione può sorgere un divieto di concorrenza in capo al cedente nell'ipotesi in cui ricorra il pericolo che la successiva attività commerciale, che quest'ultimo dovesse intraprendere, possa ledere gli interessi del nuovo socio, che nel prezzo della quota ha pagato il corrispettivo del valore dell'avviamento; ciò potrà accadere in quelle società in cui le relazioni con la clientela abbiano già raggiunto un livello apprezzabile e se la posizione del cedente sia tale da consentire che costui utilizzi le conoscenze acquisite per intraprendere una nuova attività imprenditoriale. Quest'ultimo requisito ricorrerà nella maggior parte dei casi giacché nel modello legale i soci a responsabilità illimitata hanno diritto di partecipare all'amministrazione della società⁴⁴.

⁴³ In questo senso e, ampiamente, sul tema v. A. TINA, *Il contratto di acquisizioni di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, *passim*.

⁴⁴ Così P. PISCITELLO, *op. cit.*, p. 118, nt. 164.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

In questo senso, è frequente trovare nei contratti di cessione clausole che prevedono un divieto di concorrenza in capo al cedente, di cui si riporta un esempio:

«*Il cedente garantisce e si impegna che per un periodo di cinque (5) anni dalla data odierna non assumerà impegni o partecipazioni finanziarie o di altro genere, sia congiuntamente che separatamente, sia direttamente che indirettamente, sia come preponente, agente, dirigente, dipendente, titolare, socio, azionista, amministratore o funzionario di società o sotto altra forma, in qualsiasi attività, commercio od occupazione analoga o in concorrenza con l'attività attuale della società ... [eventualmente: salvo per quanto indicato nell'allegato "..."].»*

In ogni caso, anche in assenza di clausole espresse, il divieto di concorrenza deriverebbe già dall'applicazione dei principi generali di esecuzione del contratto secondo buona fede ed equità.

IV. Il trasferimento della partecipazione del socio accomandante

La rigidità dei meccanismi di cessione delle quote ora rappresentata è espressamente derogata nell'ambito delle società in accomandita semplice ove, per volontà della legge, viene introdotto un regime di circolazione semplificato: il trasferimento *inter vivos* della quota dell'accomandante avviene con il solo consenso di tanti soci che rappresentano la maggioranza, salvo che non sia diversamente previsto (art. 2322 cod. civ.).

La deroga al principio generale non dipende dal fatto che la variazione delle persone dei soci accomandanti esula dalla figura delle modifiche dello statuto, ma dipende sia dal generale *favor* per le successioni sia dalla particolare posizione dell'accomandante che richiama per certi versi quella del socio di società di capitali, rispetto al quale viene meno, ovvero s'attenua notevolmente, il connotato dell'*intuitus personae*⁴⁵.

La quota dell'accomandante presenta, infatti, notevolmente affievoliti i tratti personalistici che, di norma, caratterizzano le partecipazioni dei soci di società personali⁴⁶: lo *status* dell'accomandante è quello di un ordinario socio a responsabilità limitata, che non partecipa all'amministrazione e il cui nome non compare nella ragione sociale. In quest'ottica, è agevole comprendere come tutte le questioni finora sollevate con riguardo al trasferimento della partecipazione di un socio a responsabilità illimitata, in questo caso, non si pongono.

Sul tema il problema forse più delicato è rappresentato dalle conseguenze della cessione della propria partecipazione da parte di un socio accomandante che abbia compiuto atti di gestione in violazione del divieto di immistione: l'acquirente della

⁴⁵ In questo senso v. M. GHIDINI, *op. cit.*, p. 649; I. TASSINARI, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁶ Così P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 299.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

quota subentrando in una posizione contrattuale compromessa resta esposto alla responsabilità illimitata?

La dottrina è orientata verso una soluzione negativa⁴⁷: diversamente, da un lato, si bloccherebbe il mercato di queste quote - che invece la legge intende agevolare – addossando sul cessionario una non facile indagine, dall'altro lato, si ribalterebbe, ingiustificatamente, su di quello una responsabilità illimitata comminata con un preciso intento sanzionatorio verso coloro che infrangono un divieto che caratterizza queste società.

In tale prospettiva, si deve ritenere che i consoci, dando il consenso al trasferimento della quota, implicitamente rinuncino a far valere ogni causa di esclusione nei riguardi dell'acquirente.

Ad avvalorare queste conclusioni vi è il fatto che, in forza dell'art. 2290 cod. civ., il cedente continuerà a rispondere illimitatamente anche dopo la cessione assicurando, in tale maniera, l'operatività delle sanzioni conseguenti alla violazione del divieto di immistione.

V. Conclusioni

Dall'indagine svolta emergono due modelli di società personali: da un lato, un modello legale 'chiuso', dall'altro lato, un modello convenzionale 'aperto' che può essere costruito sulla falsariga delle società di capitali.

Le prime rappresentano la tradizione nel nostro ordinamento ed offrono il vantaggio di interessare una serie di rapporti tra i soci fondati sulla fiducia reciproca che, di norma, garantisce un buon funzionamento della gestione: la partecipazione sociale in compagne così 'serrate' è difficilmente collocabile sul mercato, e, in ogni caso, è la stessa regolamentazione che scoraggia l'investimento in queste.

Viceversa, le seconde, sfruttando la flessibilità strutturale che caratterizza la categoria delle società personali, si allontanano dal modello legale 'rigido' modulando le regole di svolgimento della loro attività secondo le esigenze del caso concreto: in particolare, l'inserimento nei patti sociali di tecniche semplificate per la circolazione della quota comporta una più o meno marcata agevolazione del trasferimento delle partecipazioni ed un maggiore interesse dei terzi ad investire in queste realtà.

Il tema pare oggi 'rin vigorito' dalla previsione del novellato art. 2361, secondo comma, cod. civ. e, quindi, dalla possibilità per le società di capitali di partecipare a società di persone: il fatto che all'interno di un gruppo una società personale possa assumere il ruolo di controllata rende di estremo interesse la tematica della trasferibilità delle quote.

⁴⁷ Cfr. ID, *op. cit.*, p. 303; G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 245; P. PISCITELLO, *op. cit.* p. 121.

STUDIE OPINIONI

LE ACQUISIZIONI DI QUOTE DI SOCIETÀ DI PERSONE

In ogni caso, gli scenari normativi differenti tra società di capitali e società di persone continuano a determinare un minor ricorso in queste ultime alla cessione della quota quale meccanismo di *exit* dalla compagine sociale, restando il recesso la via maestra per l'uscita di un socio.

I VIZI DELLA DELIBERA DI TRASFORMAZIONE

Il saggio ricostruisce le cause di nullità e di annullabilità dell'atto di trasformazione ed i relativi rimedi, di carattere reale ed obbligatorio.

di **ALESSANDRA BONFANTE**

1. L'art. 2500 *bis* c.c. non individua i vizi suscettibili di far dichiarare invalida l'operazione e non fornisce altresì alcuna indicazione in merito al tipo di azione da proporre. Posto che l'atto di trasformazione coincide con la decisione dei soci, le cause di invalidità, si ritiene, possono essere ricondotte a quelle individuate dagli artt. 2377 e 2379 c.c.

Il contenuto di tali norme è stato profondamente modificato dalla riforma ed il legislatore si è decisamente svincolato dalle precedenti disposizioni ispirate all'invalidità contrattuale.

Va inoltre precisato che la società a responsabilità limitata gode di una disciplina autonoma rispetto a quella prevista per la società per azioni. In linea generale, le disposizioni sono ispirate dai medesimi principi, ma diverse per alcuni profili.

Con riferimento alla società per azioni, il vigente art. 2377 c.c., stabilisce che le deliberazioni che non sono conformi alla legge o allo statuto sono annullabili. Dal canto suo, l'art. 2379 c.c., ammette che il vizio di nullità può essere fatto valere nel caso di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale ovvero di impossibilità o illiceità dell'oggetto della deliberazione. Ancora la nullità può essere fatta valere laddove la delibera sia destinata a modificare l'oggetto sociale introducendo un'attività illecita o impossibile. Solo in questi due ultimi casi, l'esercizio dell'azione di nullità non è soggetto a prescrizione; in tutte le altre ipotesi, il termine entro cui far valere il vizio è ricondotto a tre anni dal deposito o iscrizione della delibera nel registro delle imprese o, se non soggetta a tali adempimenti, dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea.

Le modificazioni degli artt. 2377 e 2379 c.c. ha comportato importanti conseguenze. Oggi si può peraltro sostenere che le cause di nullità sono tassativamente indicate nell'art. 2379 c.c., mentre in tutte le altre ipotesi si deve far valere l'annullabilità. Infine, a norma dell'art. 2379 ultimo comma e 2379 *bis* c.c., anche la nullità può essere sanata.

In relazione alla società a responsabilità limitata, ove le decisioni possono di norma essere adottate prescindendo dalla forma assembleare, l'invalidità è disciplinata da un'unica norma, ovverosia l'art. 2479 *ter* c.c. La principale differenza rispetto alla

STUDI E OPINIONI

VIZI DELLA DELIBERA DI TRASFORMAZIONE

società per azioni attiene alle cause di nullità; oltre che all'ipotesi di oggetto della decisione illecito o impossibile, o di introduzione di un oggetto sociale illecito o impossibile, tale vizio può essere fatto valere ogniqualvolta la decisione sia assunta in "assenza assoluta di informazione". L'art. 2479 *ter* comma 2° c.c., considera inoltre annullabili, qualora possano recare danno alla società, le decisioni assunte con la partecipazione determinante di soci che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società. Inoltre, i termini per esercitare l'azione di annullabilità, che sono i medesimi di quelli pocanzi indicati per la società per azioni, decorrono in ogni caso dalla trascrizione sul libro delle decisioni dei soci.

Con riferimento alle cause di nullità, non era stata ritenuta legittima l'adozione da parte di una società per azioni della forma di società a responsabilità limitata in presenza di un prestito obbligazione non rimborsato. Parimenti, non si era ritenuta omologabile, per vizio di nullità, la delibera di trasformazione di un'associazione sportiva in società per azioni in assenza della previa affiliazione della società, ex art. 10 legge n. 91 del 1981, ad una o più federazioni sportive nazionali, in quanto non conforme alla legge. Ancora, i giudici di merito hanno ricondotto al vizio di nullità, per impossibilità giuridica, la delibera di trasformazione regressiva assunta a maggioranza. Per trasformare legittimamente una società a responsabilità limitata in società in nome collettivo, è stato sostenuto, occorre il consenso unanime dei soci. In ultimo, si cita il Tribunale di Rimini (24 ottobre 1986) che ha ritenuto "*nulla, e non può ordinarsene l'iscrizione nel registro delle imprese, la deliberazione con cui i soci di una società in nome collettivo, avente un nome simile alla denominazione di una società a responsabilità limitata, avente la medesima sede e il medesimo oggetto della prima, ne decidono la trasformazione in società a responsabilità limitata, conservando il medesimo nome*".

Oggi, la nullità dell'atto di trasformazione è riconducibile, in via tassativa, al contenuto impossibile o illecito della delibera, alla mancata convocazione dell'assemblea, alla mancanza del verbale (ovvero all'assenza assoluta di informazione se trattasi di società a responsabilità limitata), o alla modifica dell'oggetto sociale volta ad introdurre un oggetto illecito o impossibile.

I vizi connessi al procedimento, quali ad esempio quelli legati alla convocazione ed allo svolgimento dell'assemblea, erano stati qualificati in termini di annullabilità. Alla luce della normativa in vigore, i presupposti per esperire azione di annullabilità si configurano ogniqualvolta si verifichi una violazione delle norme di legge o di statuto. I vizi in questione riguardano, ad esempio, la formazione della volontà dei soci, in quanto non si sono rispettati i *quorum* di legge o di statuto o la modalità di adozione della decisione. A quest'ultimo proposito, si pensi ad una società a responsabilità limitata che, in violazione dell'art. 2479 c.c., che prescrive il metodo assembleare per le

STUDI E OPINIONI

VIZI DELLA DELIBERA DI TRASFORMAZIONE

modifiche statutarie, adotti la decisione di trasformazione mediante consenso espresso per iscritto o consultazione scritta.

Si ritiene inoltre configurabile un vizio di annullabilità laddove si commettano “*errori*” nell’adempimento degli obblighi pubblicitari di cui all’art. 2500, c.c. Si pensi all’iscrizione nella sezione sbagliata del registro delle imprese. In argomento, la dottrina ha osservato che l’annullabilità si estende “*non solo ai vizi propri dell’atto di trasformazione, come vorrebbe l’interpretazione letterale del comma 1 dell’articolo in esame, ma altresì ai vizi antecedenti o conseguenti alla deliberazione dell’atto di trasformazione, i quali possano incidere sulla validità dello stesso: si tratta del fenomeno della c.d. <<invalidità indiretta>>*” (Buffa di Perrero).

2. Sulla scorta di quanto esposto in precedenza, si ritiene che anche ai fini dell’individuazione degli effetti che la sentenza di invalidità produce sull’atto di trasformazione, occorre considerare quanto disposto dagli artt. 2377 ss. c.c. Pertanto, la dichiarazione di annullamento obbliga gli amministratori ad adottare i provvedimenti che ne conseguono, ma sono fatti salvi i “*diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione*” (art. 2377 comma 7° c.c.). Tale previsione risulta peraltro applicabile anche nelle ipotesi in cui intervenga una pronuncia di nullità; il settimo comma dell’art. 2377, in quanto compatibile, è infatti richiamato dall’art. 2379 comma 4°.

Una questione ben più complessa attiene agli effetti sull’atto di trasformazione della sentenza che dichiara invalide solo talune clausole dell’atto stesso. In proposito, la dottrina ha distinto a seconda che la singola clausola attenga al contenuto “*negoziale*” dell’atto ovvero al suo contenuto “*organizzativo*”. Le prime assumono un carattere residuale, riferibili al contenuto dell’atto che non presentano rilievo organizzativo o statutario. Si pensi in proposito ad una errata valutazione della partecipazione al capitale del socio d’opera ovvero ad un’incompletezza nella relazione giurata di stima da allegarsi laddove una società di persone adotti la veste di società di capitali. Le seconde attengono all’organizzazione dell’ente di approdo e non inficiano direttamente sulla validità della trasformazione.

Si ravvisano tuttavia due problematiche: in primo luogo occorre valutare se l’invalidità della singola clausola si possa estendere all’intero atto di trasformazione; in secondo luogo occorre comprendere se l’effetto di stabilizzazione prodotto dall’art. 2500 *bis* c.c. possa intervenire con riferimento sia alle clausole organizzative sia a quelle negoziali.

Per quel che concerne il primo aspetto, la risposta pare in ogni caso negativa. L’invalidità della singola clausola (organizzativa o negoziale) non importa automaticamente l’invalidità dell’atto ed in sostituzione delle predette clausole,

STUDI E OPINIONI

VIZI DELLA DELIBERA DITRASFORMAZIONE

opereranno direttamente le norme di legge. Tale conclusione è coerente con il disposto del secondo comma dell'art. 1419 c.c. che sancisce: *“La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite da norme imperative”*.

In merito al secondo tema, la dottrina ha ritenuto che *“...l'art. 2500 bis c.c., che nel proprio testo non distingue tra invalidità “totale” ed invalidità “parziale”, comporti una piena efficacia di stabilizzazione delle clausole c.d. “negoziali”, quand'anche caratterizzate da una loro efficacia soltanto parziale nei confronti della vicenda trasformativa (ovvero, dalla possibilità di ipotizzare una vicenda di trasformazione compiuta anche laddove la clausola in questione non fosse stata inserita), e non comporti invece alcuna efficacia di stabilizzazione nei confronti delle altre clausole c.d. “organizzative”*. Conseguentemente, *“...l'art. 2500 bis c.c. non produce alcun effetto di stabilizzazione nei confronti della singola clausola statutaria, rispetto alla quale continua a trovare applicazione il diritto comune...”* (Tassinari). Eseguita la pubblicità di cui all'art. 2500 c.c., l'articolo dello statuto avente contenuto organizzativo in contrasto con le norme relative alla società risultante non trova comunque applicazione. Ove possibile si applicheranno le disposizioni previste per il tipo adottato.

Discorso ben diverso deve invece farsi con riferimento alle clausole negoziali per le quali l'art. 2500 bis c.c. trova piena applicazione. Pertanto, dal momento in cui la trasformazione risulta efficace, l'invalidità di tali clausole non può essere pronunciata, essendo solo risarcibile il danno eventualmente verificatosi.

3. L'azione di invalidità – è stato detto – si può promuovere sino a che non sia intervenuto il compimento della duplice pubblicità richiesta dall'art. 2500 c.c.

Da un punto di vista meramente operativo, e limitando per ora l'analisi alle trasformazioni omogenee, si ritiene che il legislatore abbia forse attinto *“con troppa leggerezza”* alle norme in materia di fusione e di scissione, ove l'iscrizione del relativo atto è posticipata di sessanta giorni, e per le quali in effetti sussistono i tempi per l'esercizio di azioni di invalidità. Nella trasformazione normalmente l'intervallo tra deliberazione e atto di trasformazione e pubblicità è (può essere) minimo. Come osservato dalla dottrina: *“D'altronde, non sembra che la tutela dei soci e dei terzi eventualmente pregiudicati dalla trasformazione, oltreché degli altri titolari del diritto all'impugnativa, possa restare affidata sic et simpliciter alla capacità del notaio di percepire l'eventuale causa di invalidità dell'atto e al conseguente motivato rifiuto del medesimo di richiederne l'iscrizione nel Registro delle imprese, in quanto si tratterebbe pur sempre di un rimedio residuale, sottratto all'iniziativa dei soggetti più direttamente interessati ad eccepire l'illiceità della delibera stessa, e che - senza nulla detrarre, in*

STUDI E OPINIONI

VIZI DELLA DELIBERA DI TRASFORMAZIONE

linea di principio, alla buona fede del notaio - non può sicuramente dirsi in grado di venire utilmente esperito nella totalità dei casi in cui potrebbe ravvisarsene la necessità” (De Angelis).

L'unica via percorribile, così ha sostenuto parte della dottrina, parrebbe essere rappresentata dall'emanazione in via d'urgenza di un provvedimento cautelare di sospensione degli effetti della deliberazione (o decisione) di trasformazione. Tale azione è volta ad inibire l'iscrizione nel Registro delle imprese della delibera nell'attesa della decisione del giudizio di merito mirante a farne accertare l'invalidità. *“Ma, anche in questo caso, si tratterebbe per tali soggetti di sostenere una lotta contro il tempo, che richiederebbe probabilmente l'anticipazione della predisposizione del ricorso con il quale il suddetto provvedimento fosse richiesto ad un momento antecedente lo svolgimento stesso dell'assemblea (o la formazione della decisione dei soci), così da tentare di precedere <<sul filo di lana>> l'iscrizione dell'atto di trasformazione” (De Angelis).*

4. Si è già detto che il legislatore della riforma ha inteso salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici; l'esclusione dell'azione di invalidità è bilanciata dalla tutela di tipo risarcitorio prevista dal secondo comma dell'art. 2500 *bis* c.c.

Il ricorso ad essa può non risultare *“soddisfacente”* per le difficoltà connesse all'onere della prova. Occorre infatti fornire elementi sufficienti a dimostrazione dell'esistenza del danno e per la sua quantificazione.

La qualificazione dell'atto, già ampiamente dibattuta con riferimento alla fusione, ha condotto a due distinte *“teorie”*: quella cosiddetta *“indennitaria”* e quella comunemente definita *“risarcitoria”*.

Le due tesi si distinguono dal punto di vista probatorio e sotto il profilo della determinazione del danno. La teoria indennitaria consente di evitare la prova dell'elemento soggettivo dell'illecito. Il presupposto per la sua applicazione è infatti semplicemente un comportamento *contra legem* del soggetto attivo; pertanto è finalizzata al risarcimento dello svantaggio patrimoniale subito. Il danno risarcibile è in via esclusiva quello emergente.

Tale teoria, sostenuta da parte della giurisprudenza e da taluna dottrina, non pare condivisibile. Innanzi tutto, il tenore letterale del secondo comma dell'art. 2500 *bis*, c.c., sembra escluderne l'applicazione. Nel sancire: *“Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione”*, la norma considera solo il danno subito. In argomento, seppur riferendosi alla fusione, taluna dottrina si è affermato: *“pur in assenza di un vincolo contrattuale tra i soggetti (interni ed esterni alla società) che intervengono nel procedimento di [trasformazione] (in primis amministratori ed*

STUDI E OPINIONI

VIZI DELLA DELIBERA DITRASFORMAZIONE

esperti) e i soci o i creditori della società, la [...] responsabilità [ha] natura contrattuale ex art. 1218, in quanto essa si fonda sulla violazione di prescrizioni di legge che danno origine ad un rapporto fiduciario tra i soggetti summenzionati. Pertanto, oltre alla superfluità della prova della colpa o del dolo del soggetto (o dei soggetti) al quale siano imputabili il danno, dovranno ritenersi applicabili l'art. 1227, sul concorso colposo del creditore e l'art. 2236 il quale, in presenza di particolari difficoltà tecniche nell'adempimento dell'obbligazione, sancisce la responsabilità del debitore solo per i casi di colpa grave o dolo” (Di Sarli).

Secondo la teoria risarcitoria, la quantificazione del danno avviene considerando sia il lucro cessante sia il danno emergente. Il primo, con riferimento alla fusione, era generalmente identificato nel maggior valore effettivo della partecipazione rispetto a quello determinato dal rapporto di cambio. Il secondo era inteso come maggiori possibilità di guadagno che si avrebbero ottenuto ricorrendo ad operazioni straordinarie alternative. Se le conclusioni ora riportate per il danno emergente mantengono validità anche con riferimento alla trasformazione, lo stesso non si può dire con riferimento al lucro cessante. In effetti, non configurandosi alcuna confusione fra diversi patrimoni, il valore della partecipazione non varia certamente a seguito dell'operazione. Il lucro cessante potrebbe allora essere rappresentato dal mancato guadagno dovuto alla trasformazione in ente non lucrativo quale ad esempio un'associazione.

5. Per quel che concerne l'individuazione dei soggetti tenuti a corrispondere quanto dovuto, è immediato il riferimento ai membri dell'organo di amministrazione e dell'organo di controllo. E' tuttavia necessario valutare se il risarcimento non debba essere richiesto prima alla società medesima.

La dottrina, commentando l'art. 2504 *quater* c.c., ha affermato: “*Malgrado la lettera della legge nulla dica circa i legittimati passivi dell'azione di responsabilità, la rel. min. al d.lg. 22/1991 indicava come tali sia gli amministratori delle società incorporate o risultante dalla fusione. Occorre però ricordare che i primi sono responsabili soltanto per dolo o colpa grave nell'inosservanza degli adempimenti procedurali della fusione; la società invece è gravata da una responsabilità <<oggettiva>>, che deriva direttamente dall'invalidità della decisione di fusione e dal verificarsi di un danno ingiusto per i soci o i terzi, senza bisogno di dimostrare la negligenza degli organi sociali” (Bolognesi).*

In effetti, la trasformazione, almeno in linea di principio, produce un vantaggio nei confronti della società e non dei singoli soci. Ove, quindi, l'operazione risulti pregiudizievole nei confronti di soci o terzi, si ritiene che questi (o anche gli amministratori) possano promuovere azione contro la società stessa.

LE LETTERE DI *PATRONAGE* E L'INDICAZIONE DELL'IMPORTO MASSIMO GARANTITO

(NOTA A CASSAZIONE, 26 GENNAIO 2010, N. 1520)

L'Autore prende in esame una pronuncia della Corte di Cassazione in tema di garanzie atipiche su obbligazioni future, soffermandosi sulle differenze tra fideiussione e lettere di patronage.

di GIOVANNI EDOARDO VACCARO

1. Il *decisum* della Corte di Cassazione

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di Cassazione sviluppa un percorso ermeneutico proiettato a tratteggiare un nuovo scenario per le lettere di *patronage* e, più in generale, per le garanzie atipiche su obbligazioni future, riconoscendo nell'indicazione del valore, un presupposto ineludibile per la validità delle stesse.

La sentenza prende le mosse dalla *quaestio iuris* concernente la qualificazione giuridica di un negozio di garanzia. Una società italiana aveva, infatti, concesso una garanzia a favore di una società austriaca, per alcuni debiti assunti da un'impresa, in relazione alla fornitura di cellulosa. Nonostante l'avvenuta intimazione ad adempiere nei confronti della società garante, quest'ultima conveniva in giudizio la società creditrice, al fine di far accertare la nullità del negozio di garanzia precedentemente concluso, per la mancata indicazione dell'importo massimo coperto, ai sensi dell'art. 1938 c.c., qualificando la garanzia prestata come fideiussione *omnibus*. La società creditrice, *ex adverso*, sosteneva in giudizio che il negozio fosse riconducibile alle *lettres de patronage* e, dunque, sottratto ai limiti previsti dalla prefata norma.

I giudici di legittimità, pur riconducendo lo strumento giuridico *de quo* nel *genus* della fideiussione *omnibus*, hanno colto l'occasione per fotografare la natura giuridica delle lettere di *patronage*, in relazione all'applicabilità dell'art. 1938 c.c., sostenendo che tale disposizione legislativa, pur essendo inserita nella disciplina tipica dell'istituto della fideiussione, introduce un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, suscettibile di valenza generale anche per le garanzie personali atipiche e tra queste, quelle di *patronage*.

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in esame, sembra, dunque, aver voluto sondare il terreno per poter coltivare, in futuro, un nuovo orientamento giurisprudenziale che sembra rispecchiare, *mutatis mutandis*, l'atteggiamento estensivo adottato in relazione al divieto di patto commissorio nelle garanzie reali.

2. La ratio dell'articolo 1938 del codice civile

La correlazione della garanzia ad un valore economico, nella redazione del negozio, acquista sempre più spessore giuridico essendo teleologicamente orientata a soddisfare finalità proteiformi. All'interno del microcosmo delle garanzie, l'indicazione di un valore assume, infatti, rilevanza oltre che al momento della potenziale escussione, quale parametro per la rotatività della *res* nel cd. pegno rotativo,¹ per l'eventuale circolazione del diritto di garanzia² ed, infine, per stabilire un *plafond* massimo coperto.

La predisposizione di un limite garantito ha acquisito specifico rilievo con riferimento alle garanzie personali su debiti futuri, divenendo necessario decodificare il ruolo della norma scolpita dall'art. 1938 del codice civile.

La delimitazione prevista dall'art. 1938 c.c., come ricordato dalla sentenza *de qua*, costituisce il frutto della novella intervenuta con l'art. 10 della legge 17 febbraio, 1992 n. 154.

L'introduzione di un limite massimo, a pena di nullità, nella redazione della fideiussione per obbligazioni future era, infatti, stato sollecitato dall'esigenza di evitare una sorta di *perpetuatio obligationis* di incerto ammontare per il garante, stemperando al contempo il problema della indeterminatezza dell'oggetto, propria della fideiussione *omnibus*. Quest'ultima *quaestio iuris*, relativa alla determinabilità dell'oggetto della fideiussione generale era stata, invero, già risolta dalla dottrina³ e dalla giurisprudenza,⁴

¹ E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2005; più di recente, P. E. MERLINO, *Sisifo, Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di Cassazione III Sezione Civile*, 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Riv. Not.*, 2011, p. 171, per il quale “l'identità di valore” è “da aversi per referente causale di qualificazione della fattispecie”, in carenza del quale “si starà di fronte all'alternativa se considerare l'operazione come viziata da nullità o inesistenza ovvero di convertirla in una serie frammentata di pegni differenti tra loro, ciascuno nuovo rispetto all'altro”.

² A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2010, p. 319; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale – il pegno*, Torino, 1956, p. 199; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 67; A. CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il <<big sleep>> delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1988, I c., p. 3028; A. MONTEL, *Pegno (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1962, p. 792.

³ E. BRIGANTI, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca borsa e titoli di credito*, I, 1988, p. 603; P. RESCIGNO, *Il problema della validità delle fideiussioni cd. omnibus*, in *Banca Borsa e tit. cred.*,

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

antecedentemente alla modifica dell'articolo 1938 c.c., utilizzando l'art. 1349 c.c. ed il principio di progressiva integrabilità dell'oggetto, attraverso il contributo del terzo, ossia del debitore garantito, insieme con il creditore.

Ciò, tuttavia, si era rivelato insufficiente per una adeguata tutela del garante che rimaneva, comunque, soggetto ad eventuali esorbitanti esposizioni debitorie, nonostante l'operatività dell'art. 1956 del codice civile. In tale contesto venne, dunque, introdotta la novella degli articoli 1938 e 1956 del codice civile.

Le predette norme, come modificate dall'art. 10 della l. 1992 n. 154, non si pongono in chiave alternativa, potendo verificarsi un mutamento delle condizioni patrimoniali, tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito, pur rimanendo all'interno del massimale previsto. La stabilità del patrimonio del debitore, inoltre, non è idonea a giustificare una soggezione del garante per ogni futura obbligazione, di qualsivoglia ammontare, su cui non avrà alcuna potestà sindacatoria, salvo il limite previsto dall'articolo 1956 del codice civile. L'articolo 1938 c.c. non costituisce, in tal senso, una norma di protezione *in executivis*, come, invece, l'articolo 1956, essendo, piuttosto, riconducibile alla fase genetica, e ciò rende, peraltro, comprensibile la nullità in caso di sua inosservanza⁵.

La tutela del fideiussore costituisce, tuttavia, l'occasione, e non già la *ratio* della novella, la quale con ambizione si propone di costruire un baluardo di chiarezza, a tutela di ogni soggetto coinvolto da codeste operazioni caratterizzate dallo sfalsamento temporale e da una certa incertezza di fondo⁶.

La *ratio* dell'articolo 1938 c.c. è, dunque, riscontrabile nell'esigenza di trasparenza in favore di coloro che si trovano variamente coinvolti nel divenire

1972, II, p. 22; R. RASCIO, *La fideiussione omnibus. Premesse per la discussione del tema*, in *riv. del dir. comm.*, I, 1978, p. 21.

⁴ C. Cass., 1987 n. 6656, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 145; C. Cass. 1988 n. 4871, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 576; Cass. 1989 n. 3362, *ivi*, p. 537.

⁵ G. STELLA, *La fideiussione omnibus: importo massimo garantito ex art. 1938 c.c. e liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c. nell'attuale prassi bancaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1723; G. BOZZI, *Fideiussione omnibus*, in *Enc. Giur.*, 1993, p. 5.

⁶ Invero, nella fideiussione per obbligazioni future (non *omnibus*) la prestazione del garante può essere già tendenzialmente determinata nella stessa garanzia (si pensi alla fideiussione rilasciata contestualmente alla stipula del preliminare, a garanzia di obblighi che sorgeranno solamente con il contratto definitivo). Nonostante la prestazione del fideiussore sia *ab origine* determinata, ancorché proiettata a tutelare obbligazioni future, risulta, comunque, necessario indicare l'importo massimo da garantire, secondo quanto letteralmente previsto dall'art. 1938 c.c., la sua cristallizzazione funge, infatti, da ulteriore specificazione dei confini degli impegni del garante.

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

dell'operazione negoziale,⁷ non arrestandosi alla tutela della sola sfera del fideiussore⁸. In tal senso, l'art. 1938 c.c., prefigurando la necessaria apposizione del massimo garantito, non sindacabile nel *quantum* dal giudice, diviene un faro, la cui luce, illumina tali soggetti (si pensi, *exempli gratia*, oltre che al debitore ed al creditore, anche ai creditori del garante), senza incidere sull'autonomia negoziale dei privati⁹.

L'*arrêt* in esame, pur costituendo la prima pronuncia di legittimità, si colloca all'interno di un solco già arato dalla giurisprudenza di merito,¹⁰ tendente ad estendere la portata normativa dell'art. 1938 c.c., anche alle garanzie atipiche.

3. L'indicazione dell'importo massimo garantito nelle lettere di *patronage*

Le lettere di *patronage*¹¹ si sono sviluppate nel commercio internazionale per soddisfare l'esigenza di assicurare gli enti creditizi nell'erogazione di finanziamenti a favore di società controllate, evitando al contempo di immobilizzare risorse proprie. La

⁷ G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 2, p. 133 e ss., spec. 136; ID., *Divergenza e incompatibilità tra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 644.

⁸ L'art. 2, del d. lgs. 20.06.2005, n. 122, richiama l'art. 1938 c.c. nel prevedere la peculiare e controversa ipotesi di fideiussione rilasciata a tutela degli acquirenti di immobili da costruire. P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, 11, 2007, p. 79 ss; F. D'AMBROSIO, *Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire*, in *Contratti*, 2006, p. 605; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 319.

⁹ G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011.

¹⁰ Trib. Roma 18 dicembre 2002, con nota di R. MANGANO, *Lettere di patronage forte ed inapplicabilità dell'art. 1938 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 326 ss.; Trib. Pistoia, 31. 7. 2008, in *Fallimento*, 2008, p. 1308 ss. con nota di M. COSTANZA, *Il patronage come la fideiussione di fronte all'art. 1938 c.c.?*

¹¹ F. CHIOMENTI, *Le lettere di conforto*, *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 346 ss.; M. SEGNI, *La «Lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 126 ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *Le lettere di patrocinio*, *Riv. dir. Comm.*, 1980, I, p. 157 ss; A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986, ID. *Lettera di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, *Banca borsa e tit. cred.*, 1984, II, 333 ss.; F. SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, *Dir fallim. e soc. comm.*, 1991, 41 ss.; F. DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *Patronage e raccomandazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 397; O. PROSPERI, *Lettere di patronage e mendacio bancario*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 1979, I, p. 152; A. ATTI, *Il «patronage» e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 878; S. VANONI, *Intepretazione e qualificazione delle lettere di patronage: confeme e sviluppi in alcune recenti sentenze*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 408; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie reali e personali*, Padova, 1998, p. 375.

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

prassi commerciale ed il mercato, in virtù della loro agilità e di agevolazioni fiscali, hanno ratificato con il trascorrere del tempo tale fenomeno giuridico, ormai usuale all'interno della *lex mercatoria*.

La tipicità sociale ha, nondimeno, posto seri interrogativi sulla natura e sulla disciplina applicabile a tale congegno giuridico, costituito da espressioni di gradimento (contemplate in dichiarazioni di vario contenuto) generalmente destinate a confortare un istituto finanziario al fine di favorire o mantenere la concessione di credito ad una impresa del gruppo.

La dottrina¹² maggioritaria propone, in realtà, una distinzione tra lettere “deboli” a contenuto informativo e lettere “forti” a contenuto impegnativo. Tale *discrimen* si riflette, inevitabilmente, sui rispettivi profili giuridici.

Le lettere aventi un contenuto informativo, ove le informazioni si siano rivelate inesatte, sono state tendenzialmente incanalate nell'alveo della responsabilità precontrattuale, con un'apertura della disciplina prevista dall'art. 1337 c.c. anche nei confronti del terzo,¹³ generalmente una *holding* che sia intervenuta nella fase delle trattative inducendo le parti a perfezionare il contratto, ovvero in caso di dolo, applicando l'art. 1439 c.c., secondo comma, con obbligo di risarcimento del danno.

La valenza di tali strumenti ha assunto, dunque, una natura ricognitiva (si pensi *exempli gratia* alla dichiarazione con cui il *patronant* conferma il rapporto di partecipazione-controllo intercorrente con la società) e ciò ha fatto dubitare della loro essenza negoziale. L'art. 2497 *bis* ha, peraltro, recentemente previsto specifici obblighi di natura informativa per le società sottoposte a direzione e coordinamento, ridimensionando l'utilizzo delle lettere deboli.

Le lettere a contenuto impegnativo, definite dalla dottrina “forti”, pur collocandosi su un diverso piano rispetto alle lettere informative, hanno nondimeno lasciato emergere diversi orientamenti esegetici, all'interno dei quali la stessa funzione di garanzia, prefigurata dalla sentenza *de qua*, non risulta unanimemente condivisa.¹⁴

La variopinta gamma maturata nella prassi ha, in effetti, accentuato le difficoltà di inquadramento giuridico. Secondo alcuni autori e parte della giurisprudenza¹⁵ le

¹² A. MAZZONI, *Lettere di patronage*, in *Digesto comm.*, VIII, Torino, 1992, p. 563 ss.

¹³ F. MACARIO, *Garanzie personali*, Torino, 2009, p. 589; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV, Napoli, 2009, p. 676; Trib. Torino, 11/04/2000, *Giur. It.*, 2001, p. 1445, con nota di L. DI BRACCIO; C. Cass. 27.9.1995 n. 10235, in *Corr. giur.*, 1996, p. 301, con nota di C. STINGONE.

¹⁴ C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 529, L'A. ritiene che tale strumento non realizza un'assunzione di garanzia giuridica.

¹⁵ M. COSTANZA, *Il patronage come la fideiussione di fronte all'art. 1938 c.c.?* in *Fallimento*, 2008, p. 1310; F. SEVERINI, *Il patronage tra la promessa unilaterale atipica e la promessa del fatto del terzo*, *op. cit.*, p. 52; Trib. Milano, 10.10.1979, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 1981, II, p.

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

lettere “forti” dovrebbero naturalmente essere collocate all’interno della, ancor oggi discussa,¹⁶ promessa del fatto del terzo, ai sensi dell’art. 1381 del codice civile. L’istituto della promessa del fatto del terzo ha, peraltro, posto una rilevante *quaestio iuris*, in ragione della natura dell’indennizzo ivi previsto che, seguendo tale visione ermeneutica, si riverserebbe, inesorabilmente, sulle “lettere” in caso di inadempimento del debitore. La letteratura giuridica¹⁷ e la giurisprudenza¹⁸ compiono, infatti, poliedriche esegesi sulla relazione tra l’indennizzo, predisposto dai *conditores iuris* per il mancato fatto del terzo, ed il risarcimento del danno quale conseguenza operante, in via generale, per l’inadempimento delle obbligazioni, ai sensi dell’art. 1218 del codice civile.

88; Trib. Milano, 12.11.1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 154; Trib. Roma, 18.12.2002, in *Soc.*, 2003, p. 1005. In senso contrario, C. M. BIANCA, *La responsabilità*, op. cit., p. 529, secondo cui la lettera di *patronage* non costituisce promessa del fatto del terzo, in quanto il raccomandante promette un fatto proprio ovvero di esercitare i suoi poteri (e non già un fatto del terzo).

¹⁶ In realtà, sulla riconducibilità delle lettere all’art. 1381 c.c. occorre puntualizzare che le teorie seguite sulla promessa del fatto del terzo oscillano tra coloro che sostengono che con la promessa si assumerebbe una obbligazione autonoma di *facere*, consistente nell’adoperarsi affinché il terzo compia il fatto, F. MESSINEO, *il contratto in genere*, XXI, tomo 2, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1972, p. 99; e la tesi di coloro che affermano che con tale promessa si assumerebbe un obbligo di procurare il fatto altrui, con la conseguenza di essere adempiuta solo ove il risultato sia realizzato, M. ALLARA, *Natura giuridica dell’obbligazione del fatto altrui*, in *Riv. di dir. comm.* 1929, p. 410; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. ital.* diretto da F. Vassalli, 1975, p. 501. E’ sostenuta, inoltre, in dottrina la tesi della funzione di garanzia della promessa del fatto del terzo M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale* a cura di P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, II, 2 ed., 2006, p. 1195; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 42; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 107 ss; G. MIRABELLI, *Delle Obbligazioni e dei contratti in genere*, in *Commentario al codice civile*, libro IV, tomo secondo, 3 ed., 1980, Torino, p. 329.

¹⁷ F. ALCARO, *La promessa del terzo*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, 1988, p. 81; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, op. cit. p. 1204; M. C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992, p. 50; A. CHECCHINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto altrui*, in *riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 563; G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano – Varese, 1955, p. 134.

¹⁸ Secondo un orientamento l’obbligo di versare l’indennizzo sorgerebbe solo nel caso in cui il fatto del terzo non si realizzi nonostante il promittente si sia adoperato a riguardo, viceversa, sussisterebbe il diritto al risarcimento ove non vi sia stato alcun impegno, C. Cass. 24.01.2003 n. 1137, in *Danno e resp.*, 2003, p. 728; C. Cass., 1997 n. 8614, in *Studium Juris*, 1998, p. 120. In altre pronunce, invece, non sussiste tale distinzione C. Cass. 11.12.1992 n. 12118, in *Giur. it.*, 1994, I, p.1643.

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

Altra parte della dottrina¹⁹ e della giurisprudenza²⁰ hanno, *ex adverso*, ritenuto che le lettere di patronaggio costituiscano delle garanzie personali atipiche, rappresentando il frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale, in quanto rivolte a promettere un fatto proprio e non già altrui come, invece, stabilisce l'art. 1381 del codice civile. Secondo codesta ricostruzione, l'atipicità discenderebbe dall'aspetto morfologico non sussumibile all'interno delle altre figure tipiche, posto che, a differenza della fideiussione, non si garantisce la medesima prestazione principale bensì vantaggi differenti, per quanto comunque entrambi funzionalmente orientati a rafforzare le aspettative creditorie e, rispetto al mandato di credito, non sussiste un obbligo di far credito, a carico del patrocinato.²¹ L'inadempimento degli impegni contenuti nella lettera potrebbe implicare, inoltre, una sovrapposibilità della tutela contrattuale, con quella prevista dall'art. 2497 del codice civile²². La predetta disposizione normativa consente, infatti, ai creditori della società di agire contro la *holding*, ove quest'ultima violando i principi di corretta gestione societaria, abbia creato una lesione al patrimonio della società sottoposta alla sua direzione o coordinamento.

La Corte di Cassazione, attraverso la sentenza in esame, si muove nel solco di quest'ultimo approccio esegetico avallando, senza soffermarsi a riguardo, la tesi secondo cui le lettere di *patronage* "forti" costituiscono garanzie personali atipiche. I giudici di legittimità pervengono, tuttavia, ad un ulteriore approdo in quanto pur qualificando lo strumento utilizzato dalle parti come fideiussione *omnibus* - non modificando il giudizio di prime cure- giungono a sostenere che anche qualora tale garanzia fosse stata inquadrata nell'ambito delle lettere di patronaggio, sarebbe stato nondimeno applicabile l'articolo 1938 del codice civile.

Codesta visione ermeneutica, tuttavia, non è stata accolta con favore dalla letteratura giuridica. Parte della dottrina²³ ha criticato l'applicazione dell'articolo 1938

¹⁹ A. MAZZONI, *Lettere di patronage*, in *Dig. comm.*, op. cit.; M. R. MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Digesto disc. privat.*, XV, Torino, 1997. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, p. 676.

²⁰ C. Cass. 27.9.1995 n. 10235, *cit.*; C. Cass., 25.09.2001, n. 11987, in *Studium juris*, 2002, p. 393.

²¹ A. MAZZONI, *Lettere di patronage*, in *Dig. comm.*, op. cit.

²² Per la natura extracontrattuale della responsabilità F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, 2009, p. 991. Per la natura contrattuale della responsabilità della *holding*, A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *riv. soc.*, 2003, p. 770.

²³ M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 1310: "La ratio della norma sembra fondata sulla volontà del legislatore di non esporre a sorprese il fideiussore estraneo alle attività del garantito. Nel *patronage* la circostanza dell'estraneità è esclusa dalla relazione di controllo esistente fra il *patronnant* e il *patronné*"; R. MANGANO, *op. cit.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 326; F. SEVERINI, *Lettere di patronage: applicabilità della normativa relativa alla fideiussione*, in *Dir.*

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

c.c. alle lettere di *patronage*, adombrando l'idea che sussistendo un rapporto di controllo tra società garante e società garantita, non sarebbe possibile una estensione della normativa *de qua*, essendo la disposizione in esame predisposta a tutela del solo fideiussore.

La tesi, tuttavia, per quanto suggestiva, non sembra del tutto convincente.

Individuata la *ratio* della norma nella trasparenza dei rapporti giuridici patrimoniali contrassegnati da una scissione temporale tale da far emergere solamente successivamente quell'*aliquid* garantito, la disposizione in esame si presta a tutelare ogni soggetto coinvolto nell'operazione negoziale. Inoltre, pur sussistendo tra garante e garantito una situazione di controllo, costoro rimangono, comunque, soggetti giuridicamente distinti. Anche una controllante potrebbe, infatti, rilasciare fideiussioni *omnibus* a garanzia di debiti assunti dalla sua controllata, senza che possa invocarsi l'inapplicabilità dell'art. 1938 c.c. per la sussistenza di un potere di controllo.

La difficoltà²⁴ che, invece, si incontra nell'estendere l'art. 1938 c.c. alle lettere di *patronage* è un'altra. A differenza della fideiussione *omnibus*, gli obblighi definiti con le *lettres* risultano diversi rispetto all'obbligazione garantita, pur essendo preordinati a soddisfare l'esigenza di sicurezza per crediti anche futuri. Le resistenze all'applicabilità della norma in esame si rinvencono, infatti, proprio nella considerazione, non analizzata dalla sentenza *de qua*, secondo cui mentre il fideiussore garantisce l'adempimento assumendo su di sé l'obbligazione medesima del debitore²⁵, viceversa, il *patronnant* assume un'obbligazione propria distinta dall'obbligazione garantita²⁶. Quest'ultimo, eseguendo l'obbligazione stipulata con la lettera, evita ogni responsabilità, mentre il

della Banca e del merc. finanz., p. 301 e ss; C. A. NIGRO, *La regola dell'"importo massimo garantito" e la svalutazione delle peculiarità del patronage*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 7-8, p. 764.

²⁴ M. COSTANZA, *Il patronage come la fideiussione di fronte all'art. 1938 c.c.* in *Fallimento*, 2008, p. 1310. R. MANGANO, *op. cit.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 326.

²⁵ R. DE RUGGIERO – S. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano – Messina, 1961, II, p. 430.

²⁶ In Francia si discute se le lettere di *patronage* costituiscano una obbligazione di mezzi o di risultato. La giurisprudenza, in tal senso, è oscillante. A favore della delle obbligazioni di risultato, Cass. com., 19 avr. 2005, n. 03-11567, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1223; Cass. com., 19 avr. 2005, n. 01-12347, *ibidem* p. 1224. Viceversa, per le obbligazioni di mezzi, CA Paris, 15 Juin 2005, n. 03/03861, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1227. In dottrina, J. F. BARBIÉRI, *Lettres de confort dites «d'intention»: variations de terminologie et d'intensité*, in *Bulletin joly sociétés*, 2005, p. 1223. L'inclusione tra le obbligazioni di mezzi è stata avallata anche in Belgio, Court d'appel de Bruxelles, 25 avr. 2008, in *Revue de droit commercial belge*, 2010, p. 183. Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati cfr. L. MENGONI, «Obbligazioni di risultato» e «obbligazioni di mezzi», in *riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192; J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, 2001.

COMMENTI A SENTENZE

LETTERE DI PATRONAGE

fideiussore *omnibus*, ai sensi dell'art. 1936 c.c., rimane vincolato all'adempimento di qualsiasi obbligazione conclusa dal debitore con il creditore.

L'estensione dell'art. 1938 del codice civile alle *lettres* può, tuttavia, essere avallata attraverso una “*valutazione globale del concreto assetto di interessi, il quale si caratterizza in relazione al risultato sostanziale, oltre che al fine perseguito*”²⁷. Le medesime esigenze di tutela e di trasparenza previste per la fideiussione generale affiorano anche in relazione alle lettere di patronaggio ove, nella loro screziata fisionomia, la prestazione dovuta dal *patronnant* risulta inevitabilmente colorata dai crediti in concreto erogati.²⁸

Il richiamo adottato dalla Corte di Cassazione ai principi di ordine pubblico economico presenta, infine, scarsa utilità,²⁹ rimanendo privo di contenuti giuridici esplicativi. L'aggettivo “economico” riecheggia, infatti, tentativi, invero mai sopiti, di imbrigliare l'autonomia negoziale e solleva il timore di un orientamento giurisprudenziale proiettato a legittimare il sindacato sul limite indicato dal garante, ma la *ratio* della norma riposa su altri lidi.

²⁷ G. PALERMO, *L'autonomia negoziale, op. cit.*, p. 20, nota 45.

²⁸ Si pensi, se collocata nell'istituto del *patronage*, all'ipotesi di dichiarazione con cui il garante si impegna a conservare ed a procurare alla società controllata una consistenza di capitale e/o di patrimonio netto, allo specifico fine di permettere alla stessa di poter eseguire tutte le obbligazioni (presenti e future) assunte con il creditore. Il limite massimo garantito specifica, in un'ottica di trasparenza, i confini degli impegni del garante. Il rilascio delle lettere, dunque, non deve essere analizzato come monade negoziale, isolata dal contesto e dalla funzione assoluta.

²⁹ G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 224; ID. anche *Ordine pubblico economico*, in Riv. dir. comm., I, 1963, p. 464. P. CORRIAS, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2010, p. 671.

MANOVRA DI FERRAGOSTO LE NUOVE SANZIONI IN MATERIA DI STUDI DI SETTORE

Nel presente contributo vengono illustrate le modifiche introdotte dalla cosiddetta manovra di ferragosto in tema di sanzioni riguardanti i soggetti sottoposti agli studi di settore.

La stessa manovra prevede la possibilità per gli uffici di effettuare accertamenti di tipi analitico-induttivo basato su presunzioni, nel caso in cui il contribuente non risulti congruo per due esercizi consecutivi: quello relativo all'accertamento e quello anteriore.

di **CARLO PESSINA** e **ANDREA PESSINA**

La manovra di ferragosto ha inasprito le condizioni di tutela dei contribuenti congrui e coerenti con gli studi di settore dagli accertamenti analitico-induttivi.

L'art. 2, comma 35, del decreto prevede, infatti, l'introduzione all'ultimo periodo del comma 4-bis dell'art. 10 della legge 10 maggio 1998, n. 146 delle seguenti parole: “ e che i contribuenti interessati risultino congrui alle risultanze degli studi di settore, anche a seguito di adeguamento, in relazione al periodo d'imposta precedente”. Prima di analizzare la portata delle modifiche suddette è opportuno fare un po' di cronistoria sulle modalità degli accertamenti per i contribuenti sottoposti agli studi di settore.

Con la legge finanziaria per il 2007 (Legge 27 dicembre 2006, n. 296) era stato introdotto, nell'art. 10 della legge 146/1998, il comma 4-bis, il quale stabilisce che, nei confronti dei contribuenti che dichiarino, anche a seguito di adeguamento nella dichiarazione dei redditi, ricavi o compensi almeno pari a quelli considerati congrui per gli studi di settore, non possono essere effettuate rettifiche (quindi accertamenti) basate esclusivamente su presunzioni semplici ai sensi dell'art. 39, comma 1, lettera d) del D.P.R. 600/73 per quanto riguarda le imposte sul reddito e ai sensi dell'art. 54, comma 2, ultimo periodo, per quanto riguarda l'IVA, se l'ammontare dei maggiori importi accertabili siano pari o inferiori al 40% dei ricavi o compensi dichiarati un massimo di €. 50.000. Inoltre, la stessa disposizione normativa, prevede che il contribuente, per beneficiare della detta franchigia, deve risultare congruo con le risultanze degli studi di settore per il periodo d'imposta sottoposto ad accertamento.

In sostanza, la legge finanziaria per il 2007 aveva introdotto uno scudo fiscale soggettivamente ed oggettivamente riassumibile come segue:

- riservato ai soggetti cui sono applicabili gli studi di settore;

FISCALITÀ

MANOVRA DIFERRAGOSTO: NUOVE SANZIONI

- i detti soggetti devono risultare congrui ai valori di GERICO per l'anno cui si riferisce la rettifica. La congruità può essere conseguita anche a seguito di adeguamento dei ricavi e compensi in sede di dichiarazione;
- la rettifica deve essere di tipo analitico-induttivo e quindi lo scudo non opera per le rettifiche effettuate ai sensi dell'art. 39, comma 2, del D.P.R. 600/73 e dell'art. 55 del D.P.R. 633/42 (accertamenti induttivi puri, i quali sono sempre esperibili) nonché per quelli analitici effettuati ai sensi del citato art. 39, comma 1, lettera a), b) e c) e del citato art. 54, D.P.R. 633/72;
- la rettifica può essere operata se i maggiori ricavi o compensi accertabili, come detto a seguito di accertamento analitico-induttivo) siano pari o inferiori al 40% di quelli dichiarati, con un massimo di €. 50.000. Qualora invece i maggiori ricavi o compensi superino, anche alternativamente le dette soglie, la rettifica è operabile per l'intero ammontare accertato, non potendo, in tal caso, il contribuente beneficiare della franchigia di cui sopra.

Una prima modifica alle disposizioni sopra riportate è stata prevista dal D.L. 98/2010, convertito dalla legge 111/2010, (cosiddetta "manovra correttiva") il quale, al fine di introdurre razionalizzazioni in tema di studi di settore, ha introdotto sostanziali novità al riguardo.

Innanzitutto con l'art. 23, comma 28, del decreto suddetto viene aggiunto all'art. 1 del D.P.R. 31 maggio 1999, n. 195, il comma 1-bis con il quale è stabilito che a regime, a decorrere dall'anno 2012, gli studi di settore devono essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica entro il 31 dicembre del periodo d'imposta nel quale entrano in vigore e che solo eventuali integrazioni, che siano però indispensabili per tenere conto degli andamenti economici dei mercati, con particolare riguardo determinati settori o aree territoriali, devono essere pubblicati in Gazzetta Ufficiale entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello di riferimento.

Prima il detto termine era stabilito nel 30 settembre dell'anno di entrata in vigore degli studi di settore ai sensi di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 1 del D.P.R. 195/1999.

Sempre il citato art. 23, comma 28, lettera b) del decreto legge 98/2011 introduce un inasprimento delle sanzioni nel caso di omessa presentazione del modello di comunicazione dei dati degli studi di settore. Questa sanzione viene stabilita nella misura massima consentita dal comma 1 dell'art. 8 del decreto legislativo n. 471/1997 e cioè nella misura di €. 2.065,83.

La Circolare n. 41/E dell'Agenzia delle entrate precisa che *"la disposizione suddetta, così come le altre che verranno illustrate nel seguito, è finalizzata a contrastare comportamenti dichiarativi, in materia di studi di settore, non corretti"*.

Sempre la citata circolare stabilisce che *"la disposizione, così come quelle di cui alle lettere dalla c) alla g) del comma 28 in argomento, si applica con riguardo alle violazioni commesse a decorrere dal 6 luglio 2011 (data di entrata in vigore del*

FISCALITÀ

MANOVRA DIFERRAGOSTO: NUOVE SANZIONI

decreto), *in ragione del principio espresso dall'art. 3 del decreto legislativo n. 472/1997*", quindi, con riguardo alle dichiarazioni presentate dopo tale data.

La stessa disposizione normativa (art. 23, comma 28, D.L. 98/2011) introduce altresì un aumento del 50% delle sanzioni minime e massime, previste nelle misure del 100% e del 200% della maggiore imposta accertata, nel caso di omessa presentazione del modello per la comunicazione dei dati rilevanti per gli studi di settore; la maggiorazione della suddetta sanzione non si applica, però nel caso in cui il maggior reddito d'impresa o di arte o professione, accertato a seguito della corretta applicazione degli studi di settore, non superi di almeno il 10% quello dichiarato.

Identica disposizione viene introdotta in materia di IVA con l'introduzione, dopo il comma 4-bis dell'art. 5 del decreto legislativo 471/1997, del comma 4-ter.

Per quanto riguarda le sanzioni per l'infedele comunicazione dei dati rilevanti per gli studi di settore viene stabilito sempre dall'art. 23, comma 28, del decreto legge 98/2011 che la misura delle sanzioni, prevista dal comma 23 dell'art. 32 del decreto legislativo 446/1997 nella misura da una a due volte l'ammontare della maggiore imposta dovuta, è aumentata del 50%, ma solo nell'ipotesi in cui il maggior reddito imponibile, accertato a seguito della corretta applicazione degli studi di settore, sia superiore del 10% di quello dichiarato.

Anche le disposizioni suddette, come confermato dalla Circolare n. 41/E del 6 agosto 2011, si applicano con riguardo alle violazioni commesse a decorrere dal 6 luglio 2011 e quindi, con riguardo alle dichiarazioni presentate successivamente a tale data.

Nei casi di omessa o infedele dichiarazione dei dati previsti nei modelli di comunicazione dei dati rilevanti per gli studi di settore, nonché nei casi di indicazione, da parte del contribuente, di cause di esclusione o inapplicabilità degli studi medesimi non sussistenti, l'art. 23, comma 28, del decreto legge n. 98/2011, prevede l'aggiunta al secondo comma dell'art. 39 del D.P.R. 600/73 di una ulteriore fattispecie di accertamento induttivo, cui l'ufficio delle entrate può ricorrere a condizione che il maggior reddito accertato in conseguenza delle applicazioni corrette degli studi di settore sia superiore al 10% di quello dichiarato.

Al riguardo la citata Circolare n. 41/E del 6 agosto 2011 precisa che, al fine dell'applicazione della nuova disposizione, è necessario che *"il contribuente sia effettivamente soggetto all'applicazione degli studi di settore, non risultando applicabile la disposizione in commento agli operatori economici esclusi dagli stessi (anche se eventualmente obbligati alla sola presentazione del modello)"*.

La medesima Circolare, pur precisando che la disposizione di cui sopra opera solo nell'ambito delle imposte sul reddito, in quanto, viene osservato, *"il modello degli studi di settore è un allegato alla dichiarazione dei redditi"*, ritiene che gli uffici possano utilizzare, anche ai fini dell'IVA, i maggiori ricavi o compensi accertati *"induttivamente"* ai sensi della nuova disposizione introdotta dall'art. 23, comma 28, lettera c), *"alla luce della specifica attività esercitata dal contribuente e dalla*

FISCALITÀ

MANOVRA DIFERRAGOSTO: NUOVE SANZIONI

possibile tipologia di evasione dallo stesso effettuata, tenuto conto dei beni ceduti e dei servizi resi in evasione d'imposta".

Sempre il citato art. 23, comma 28, prevede poi la soppressione della disposizione normativa (comma 4-bis, dell'art. 10, della legge 146/1998, penultimo periodo) che stabiliva, nel caso di rettifica della dichiarazione dei redditi dei contribuenti in linea con gli studi di settore che, nella motivazione dell'atto dovessero essere evidenziate le ragioni che inducevano l'ufficio a disattendere le risultanze degli studi medesimi. Ciò significa che, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto (6 luglio 2011), gli uffici delle entrate saranno molto più facilitati nella effettuazione di avvisi di accertamento, per i quali, come detto, non sarà più necessaria alcuna motivazione circa le ragioni dello scostamento tra i ricavi o compensi dichiarati e quelli potenzialmente ascrivibili al contribuente sulla base degli studi di settore.

Dopo questa doverosa esposizione delle disposizioni in materia di accertamenti per i contribuenti soggetti agli studi di settore, esaminiamo ora le novità, sempre nella stessa materia, introdotta dal decreto 138/2011 (Manovra di Ferragosto).

L'art. 2, comma 35, del detto decreto stabilisce che la protezione fiscale prevista dall'art. 10, comma 4-bis, della legge 146/1998, cioè che, nei confronti dei contribuenti che risultino congrui con i valori di GERICO, può essere esperito l'accertamento di tipo analitico-induttivo, basato su presunzioni semplici, solo se i ricavi o compensi accertabili superano di almeno il 40% quelli dichiarati oppure quando l'importo dei ricavi non dichiarati è superiore a cinquantamila euro, è concessa al contribuente solo se risulta congruo con le risultanze degli studi di settore, anche per adeguamento effettuato in sede di dichiarazione, nel periodo d'imposta interessato all'accertamento e in quello precedente. Ciò significa che, affinché sia inibita per l'amministrazione finanziaria la possibilità di ricorrere ad accertamento analitico-induttivo basato su presunzioni semplici per l'esercizio fiscale 2012, è necessario che il contribuente interessato sia risultato "congruo" con i valori di GERICO sia nel 2012 che nel 2011.

Se a ciò si aggiunge, come detto, che la manovra correttiva (decreto n. 98/2011) aveva già abrogato la previsione in forza della quale, nel caso di rettifica fondata su presunzioni semplici a carico di un soggetto "congruo", l'ufficio doveva espressamente riportare nel relativo avviso di accertamento le ragioni che lo avevano portato a disattendere i risultati degli studi di settore, non vi è chi non veda come l'insieme delle nuove disposizioni introdotte dalle due manovre [quella correttiva (decreto legge 98/2011) e quella di ferragosto (decreto legge 138/2011)] abbia fortemente inasprito, per il contribuente sottoposto agli studi di settore, le possibilità di ricorrere ad avvisi di accertamento analitico-induttivi, ferma restando in ogni caso, la possibilità per l'amministrazione finanziaria, di effettuare gli altri tipi di accertamento, tipo quello analitico puro o quello fondato su presunzione di legge, ad esempio quelle relative ad indagini finanziarie.

MANOVRA DI FERRAGOSTO LA NUOVA ROBIN HOOD TAX

Il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (noto come manovra di Ferragosto) ha inasprito l'ammontare dell'addizionale IRES (cosiddetta Robin Hood Tax) elevandola dall'attuale misura del 6,5% a quella del 10,5%, dovuta dalle imprese operanti nel settore petrolifero e energetico. Inoltre ha ampliato la platea dei soggetti interessati, riducendo il volume dei ricavi di riferimento, conseguito nell'anno precedente, da € 25 milioni ad € 10 milioni per l'individuazione dei medesimi, e ha introdotto altresì un altro parametro per l'applicazione della tassa suddetta: un reddito imponibile conseguito l'esercizio precedente superiore ad un milione di euro.

di **CARLO PESSINA** e **ANDREA PESSINA**

La cosiddetta “Manovra di ferragosto” (decreto legge 13 agosto 2011, n. 138) ha introdotto, per il triennio 2011 – 2013, l'incremento del 4% (elevandola così dall'attuale misura del 6,5% a quella del 10,5%) dell'addizionale IRES per le imprese operanti nel settore energetico.

Questa addizionale (cosiddetta “ROBIN HOOD TAX”) era stata introdotta per la prima volta con effetto perenne, quindi sino a modifica disposta da altra norma di legge, dall'art. 81 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112. Detta disposizione stabiliva che, a partire dall'esercizio 2008, fosse applicata un'addizionale del 5,5% all'IRES dovuta dalle società di cui all'art. 73 del TUIR operanti nei seguenti settori:

- a) ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi;
- b) raffinazione petrolio, produzione o commercializzazione di benzine, petroli, gasoli per usi vari, oli lubrificanti e residuati, gas di petrolio liquefatto e gas naturale;
- c) produzione o commercializzazione di energia elettrica.

Le imprese interessate erano (e sono tuttora) quelle contemplate nel citato art. 73 del TUIR, e quindi:

- a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative, le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato;
- b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;

FISCALITÀ

ROBIN HOOD TAX

c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;

d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

Sostanzialmente erano (e sono) dunque interessate alle disposizioni introdotte dal D.L. 112/2008 tutte le società e gli enti, anche non commerciali, compresi i trust, residenti e non residenti, che in base alle disposizioni del TUIR sono soggetti all'IRES.

Pertanto ne restavano (e restano tuttora) escluse le imprese il cui reddito non è soggetto a tale imposta, quindi, in pratica, le società di persone e le ditte individuali.

Sempre con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione delle nuove disposizioni, la norma sopra richiamata (art. 81, comma 16) stabiliva che le imprese suddette dovessero aver conseguito, nell'esercizio precedente, un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro.

Ne conseguiva che la disciplina dell'addizionale IRES poteva applicarsi a corrente alternata, cioè per esercizi fiscali non continuativi: il tutto dipendeva esclusivamente dall'ammontare dei ricavi dell'esercizio precedente.

Era dunque quest'ultimo il parametro di riferimento per stabilire se fosse dovuta o meno l'addizionale stessa, e non il volume d'affari ai fini IVA; sono note a tutti le differenze che intercorrono tra le due grandezze: ad esempio, l'accertamento di ricavi per fatture da emettere al termine di un esercizio non ha effetto sul volume d'affari IVA di quell'esercizio, bensì di quello in cui le fatture saranno materialmente emesse.

Quella sopra riassunte erano le disposizioni normative introdotte dalla cosiddetta manovra economica d'estate 2008. La misura della detta addizionale IRES era stata poi incrementata di un punto, elevandola così dal 5,5% al 6,5% dall'art. 56, comma 3, della legge 99/2009, a decorrere dall'esercizio 2010.

Venendo ora alle modifiche introdotte dal D.L. 138/2011, si osserva innanzi tutto (art. 7, comma 1) che la lettera c) dell'art. 81, comma 16, del D.L. 112/2008 è stata sostituita dalla seguente lettera: c) produzione, trasmissione e dispacciamento, distribuzione o commercializzazione dell'energia elettrica; e che è stata altresì aggiunta la seguente lettera: c-bis) trasporto o distribuzione del gas naturale.

In sostanza il campo di applicazione dell'addizionale IRES si estende, a regime, anche alle imprese operanti nei settori richiamati dalle nuove lettere c) e c-bis) dell'art. 81 del D.L. 112/2008 sopra riportate.

Il citato art. 7, comma 1, del decreto in esame, sopprime poi la disposizione contenuta nel comma 16 dell'art. 81 del D.L. 112/2008 nella parte in cui erano escluse dal prelievo le imprese produttrici di energia elettrica mediante l'impiego di biomasse e di fonte solare-fotovoltaica o eolica.

Per effetto quindi delle modifiche introdotte dalla manovra queste imprese sono soggette al pagamento dell'addizionale IRES solo se *“i ricavi relativi alle attività*

FISCALITÀ

ROBIN HOOD TAX

riconducibili ai settori a), b) e c) del comma 16 dell'art. 81 del D.L. 112/2008 sono prevalenti rispetto all'ammontare complessivo dei ricavi conseguiti", ovviamente nello stesso periodo d'imposta.

Stranamente, la norma non ha inserito anche la nuova lettera c-bis) in questa disposizione per cui le imprese che operano nel settore del trasporto e della distribuzione del gas naturale sono soggette all'addizionale IRES, ovviamente per tale attività, anche se i ricavi provenienti dalle medesime non sono prevalenti rispetto ai ricavi complessivamente conseguiti.

Il comma 3 del citato art. 7 del decreto in esame stabilisce, come sopra citato, che per il triennio 2011 – 2013 l'aliquota della addizionale IRES per le imprese che operano nei settori sopra riportati, è aumentata di quattro punti percentuali, elevandosi così dall'attuale misura del 6,5% a quella del 10,5%.

Anche per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione delle nuove disposizioni la norma (art. 7, comma 1) introduce delle rilevanti modificazioni, prevedendo che il parametro di riferimento dimensionale, sino ad ora stabilito nel conseguimento di un volume di affari superiore a 25 milioni di euro nell'esercizio precedente, sia, dall'esercizio 2011 al 2013 compresi, sostituito dai seguenti nuovi parametri, i quali devono essere realizzati entrambi: conseguimento nel periodo d'imposta precedente di un volume d'affari superiore a 10 milioni di euro e di un reddito imponibile superiore ad un milione di euro.

Se da un lato quindi viene ampliata la platea delle società interessate con la riduzione del volume di affari di riferimento, dall'altro la detta platea dovrà essere scremata con l'esclusione delle imprese che non dichiarino un reddito imponibile, nell'esercizio precedente quello di riferimento, superiore ad un milione di euro.

La decorrenza delle nuove disposizioni che, come detto, sono stabilite transitoriamente per i periodi d'imposta 2011 – 2013 (anche se, purtroppo, in Italia, soprattutto in materia fiscale, non vi è nulla di più permanente di quello che dovrebbe essere transitorio), viene introdotta dal 2011 (art. 2, comma 2) in deroga a quanto previsto dall'art. 3 della legge 212/2000 (Statuto del contribuente) che vieta in linea di principio ogni effetto retroattivo alle nuove norme tributarie.

La norma in esame stabilisce poi (art. 7, comma 4) che le nuove disposizioni sopra illustrate, in particolare, ovviamente, quella che prevede l'innalzamento dell'addizionale IRES dal 6,5% al 10,5%, non rilevano *“ai fini della determinazione dell'acconto d'imposta dovuto per l'esercizio 2011”*. Per tale periodo d'imposta, dunque, gli acconti dell'IRES saranno calcolati senza tenere conto dell'aumento dell'addizionale introdotta dal citato art. 7, comma 4, sia nel caso di applicazione del metodo storico che per quello previsionale.

Per ultimo il comma 5 dell'art. 2 del decreto ribadisce, per quanto fosse necessario, richiamando il contenuto dell'art. 81, comma 18, del D.L. 112/2008, che gli oneri che graveranno sulle società interessate alle novità introdotte dalla manovra (cioè

FISCALITÀ

ROBIN HOOD TAX

l'aumento dell'addizionale IRES dal 6,5% al 10,5%) non potranno essere traslati con un aumento dei prezzi al consumo dei prodotti cui si riferiscono.

Per effetto delle modifiche introdotte dagli emendamenti approvati in Senato, il gettito previsto dall'introduzione della nuova addizionale IRES sopra illustrato sarà destinato totalmente alla riduzione dei tagli agli enti locali e non invece, come previsto dall'originaria disposizione, per il 50% a quelli dei Ministeri.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Legge di stabilità 2012 – L'articolo 14 della Legge 12 novembre 2011, n. 183, ha modificato alcune previsioni in tema di collegio sindacale, ed in particolare:

- introducendo un terzo comma all'articolo 2397 c.c., con il quale è consentito alle società per azioni con ricavi o patrimonio netto inferiori ad un milione di euro di prevedere nello statuto la nomina di un sindaco unico;
- sostituendo, nel testo dell'art. 2477 c.c. relativo alle condizioni di nomina obbligatoria dell'organo di controllo nelle società a responsabilità limitata, i riferimenti al collegio sindacale con quelli al “*sindaco*”.

Tra le altre disposizioni introdotte dalla Legge di stabilità, si segnala l'art. 10, con il quale è stata prevista la possibilità per i professionisti di esercitare le “*attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico*” tramite società di persone, società di capitali e società cooperative.

La Legge di stabilità, in vigore dal 1° gennaio 2012, è stata pubblicata su *Gazzetta Ufficiale*, 14 novembre 2011, n. 265, suppl. ord. 234.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

CNDCEC

La disciplina del collegio sindacale e del sindaco unico nelle s.p.a. e nelle s.r.l. alla luce della Legge di stabilità – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili è intervenuto a commento delle modifiche apportate dalla Legge di stabilità 2012 alle disposizioni concernenti la composizione del collegio sindacale nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata, pubblicando una *Nota interpretativa*, avente ad oggetto “*l'ambito applicativo e l'operatività*” delle nuove previsioni normative.

Il testo della *Nota interpretativa* è integralmente reperibile sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studi del Notariato in ambito societario – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha diffuso tre nuovi studi concernenti tematiche di diritto societario:

- Studio n. 138-2011/I, relativo a “*I diritti particolari del socio - Vicende della partecipazione tra regole legali ed autonomia statutaria*” nelle società a responsabilità limitata;
- Studio n. 140-2011/I, il quale costituisce la seconda parte dell’approfondimento in tema di “*Le modificazioni del capitale nominale senza modificazione del patrimonio netto*”, con particolare riguardo all’aumento gratuito ed all’assorbimento delle perdite mediante l’utilizzo delle riserve di patrimonio netto;
- Studio n. 141-2011/I, riguardante “*L’amministrazione di società a responsabilità limitata*” e l’autonomia statutaria derivante dalla Riforma del 2003.

Gli Studi nn. 138-2011/I, 140-2011/I e 141-2011/I sono interamente consultabili sul sito www.notariato.it.

GIURISPRUDENZA

Esdebitazione e pagamento dei creditori chirografari – Le Sezioni Unite Civili si sono pronunciate in merito all’art. 142 L.F., dovendo stabilire “*se il dettato normativo debba essere inteso nel senso che tutti i creditori siano soddisfatti almeno parzialmente oppure nel senso che sia necessario che almeno una parte dei creditori sia stata soddisfatta*” al fine di poter beneficiare dell’istituto dell’esdebitazione così come disciplinato dal D. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Esaminando la *ratio legis* sottostante l’istituto in parola e constatando, tra l’altro, i “*margini di equivocità*” che presenta in particolare il secondo comma della norma in questione, le Sezioni Unite hanno sancito che “*la nota di discriminazione fra imprenditori falliti, ai fini del conseguimento del beneficio dell’esdebitazione, non andrebbe individuata sulla base di un dato legato a contingenze casuali e non riconducibili all’operato dell’imprenditore, quale il numero dei creditori privilegiati e la consistenza dei loro crediti, ma potrebbe essere piuttosto ricercata nella valorizzazione del dato comportamentale del debitore*”, valutazione, questa, che spetta caso per caso al Giudice di merito.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 18 novembre 2011, n. 24215.

SEGNALAZIONI

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SEGNALAZIONI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

NORMATIVA

Si segnalano i seguenti testi normativi:

1. il dl **13 agosto 2011, n. 138**, convertito nella l. **14-9-2011, n. 148** (c.d. *Manovra di fine estate*): rilevano, in particolare, gli artt. 4 (sui *servizi pubblici locali dopo il referendum*) e 5 contenente (*Norme in materia di società municipalizzate*)¹;

2. la l. **12-11-2011, n. 183** (*Legge di stabilità 2012*); rilevano, in particolare, gli artt. 6 (*Disposizioni in materia dei beni immobili pubblici*), 9 (*di modifica dell'art. 4 della normativa sub 1.*) e 27 (*Modifiche al codice di procedura civile*);

3. la l. **11 novembre 2011, n. 180** (*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*) che, agli articoli 12, 13 e 15, ha così modificato il Codice degli appalti:

art. 12 Modifica all'articolo 91 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

1. Al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici di lavori e servizi di progettazione, all'[articolo 91](#), comma 1, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), e successive modificazioni, le parole: «di importo pari o superiore a 100.000 euro» sono sostituite dalle seguenti: «di importo pari o superiore alle soglie di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 28».

art. 13 Disciplina degli appalti pubblici

1. Lo Stato, le regioni e gli enti locali, attraverso i rispettivi siti istituzionali, rendono disponibili le informazioni sulle procedure di evidenza pubblica e, in particolare, sugli

¹ L'art. 4/16 asserisce:

L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

SEGNALAZIONI

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

appalti pubblici di importo inferiore alle soglie stabilite dall'Unione europea nonché sui bandi per l'accesso agli incentivi da parte delle micro, piccole e medie imprese.

2. Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a:

a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'*articolo 29* del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al *decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento;

b) semplificare l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici;

c) semplificare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese agli appalti pubblici di fornitura di servizi pubblici locali, banditi dai comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti e per importi inferiori alle soglie stabilite dall'Unione europea, mediante:

1) l'assegnazione tramite procedura di gara ad evidenza pubblica ovvero tramite assegnazione a società miste pubblico-private, a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità previsti dall'Unione europea, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione dell'appalto;

2) nel rispetto di quanto previsto dalla lettera a), l'individuazione di lotti adeguati alla dimensione ottimale del servizio pubblico locale;

3) l'individuazione di ambiti di servizio compatibili con le caratteristiche della comunità locale, con particolare riferimento alle aree dei servizi di raccolta, smaltimento e recupero dei rifiuti, del trasporto pubblico locale, dei servizi di manutenzione e riparazione nelle filiere energetiche, dell'illuminazione pubblica, dei servizi cimiteriali, di riqualificazione del patrimonio edilizio pubblico, di manutenzione delle infrastrutture viarie e di manutenzione delle aree verdi;

d) introdurre modalità di coinvolgimento nella realizzazione di grandi infrastrutture, nonché delle connesse opere integrative o compensative, delle imprese residenti nelle regioni e nei territori nei quali sono localizzati gli investimenti, con particolare attenzione alle micro, piccole e medie imprese.

3. Le micro, piccole e medie imprese che partecipano alle gare di appalto di lavori, servizi e forniture possono presentare autocertificazioni per l'attestazione dei requisiti di idoneità. Inoltre le amministrazioni pubbliche e le autorità competenti non possono

SEGNALAZIONI

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

chiedere alle imprese documentazione o certificazioni già in possesso della pubblica amministrazione o documentazione aggiuntiva rispetto a quella prevista dal codice di cui al *decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*.

4. La pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al *decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla *legge 28 novembre 2005, n. 246*, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno.

5. È fatto divieto alla pubblica amministrazione, alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori e ai soggetti aggiudicatori di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure di cui al comma 1 requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi.

art. 15 Contratti di fornitura con posa in opera

1. La disposizione prevista dall'*articolo 118, comma 3, secondo periodo, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, e successive modificazioni, si applica anche alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture con posa in opera le cui prestazioni sono pagate in base allo stato di avanzamento lavori ovvero stato di avanzamento forniture.

4. la d.lg. **15-11-2011, n. 195** (*Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69*).

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Iva - Possibilità di recuperare il credito IVA

La chiusura della partita IVA relativa all'identificazione diretta del soggetto non residente e contestuale costituzione di una stabile organizzazione italiana), non ha, in quanto tale, una disciplina espressa ai fini IVA. Tuttavia la stessa può essere assimilata ad una trasformazione sostanziale soggettiva in cui si riscontra una situazione di continuità tra i soggetti partecipanti. Tale operazione non comporta l'estinzione di una società e la nascita di un'altra, ma la continuazione della stessa con un'altra veste giuridica (e, quindi, un'altra organizzazione sociale) senza, di per sé, variazioni nel patrimonio o nei rapporti giuridici con i terzi.

(Agenzia delle Entrate Ris. n. 108/E, 24 novembre 2011)

GIURISPRUDENZA

Successioni – Acquisto immobile

L'amministrazione può legittimamente procedere con metodo sintetico alla rettifica della dichiarazione dei redditi, quando da elementi estranei alla configurazione reddituale prospettata dal contribuente si possa fondatamente presumere che ulteriori redditi concorrano a formare l'imponibile complessivo. Nell'ipotesi di disponibilità d'immobili di acquisizione ereditaria, ovvero di veicoli di risalente immatricolazione, l'effettiva capacità contributiva va individuata non in base alla mera proprietà o provenienza degli stessi, ma valutando il necessario sostenimento di spese congrue per il loro mantenimento.

Corte Cass., Sez. tributaria Sent. n. 23621, 11 novembre 2011

IVA - Dichiarazioni d'intento false

Il soggetto il quale, sulla base di dichiarazioni d'intento false prodotte dall'acquirente, emetta fattura in regime di non imponibilità, è tenuto a versare la relativa IVA, con sanzioni e interessi, se l'Amministrazione finanziaria, contestandogli la mancata applicazione dell'imposta, allega elementi diretti a provare il suo coinvolgimento nella frode posta in essere dall'acquirente. In particolare, la consapevolezza da parte del cedente della falsità della dichiarazione d'intento presentata da un soggetto, che attesta la propria qualifica di esportatore abituale, in forza della quale l'operazione non viene

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

assoggettata a imposta, “comporta la non sussumibilità di quest’ultima nella fattispecie legale delineata dall’articolo 8 del D.P.R. n. 633/1972 per mancanza originaria dell’elemento che caratterizza quel modello legale”. Conseguentemente, il cedente è tenuto a versare egli stesso l’imposta ex art. 17 del D.P.R. n. 633/1972.

(Corte Cass., Sez. tributaria, sent. n. 23610, 11 novembre 2011)

Iva – Distacco di personale

Il distacco di personale è irrilevante ai fini dell’IVA soltanto se la controprestazione del distaccatario consista nel rimborso di una somma esattamente pari alle retribuzioni ed agli altri oneri previdenziali e contrattuali gravanti sul distaccante.

(Corte Cass., SS.UU. Civ Sent. n. 23021, 7 novembre 2011)

Autotutela - Mutamento di motivazione

L’Amministrazione finanziaria può, anche una volta che è stato instaurato il processo, annullare l’atto impugnato per poi procedere ad un nuovo accertamento con una motivazione diversa: in tal caso, il processo instaurato avverso l’atto “originario” è da ritenersi estinto, in quanto non vi è più interesse ad agire, stante il venir meno dell’atto impugnato. Nella fattispecie in esame, l’Ufficio aveva notificato un accertamento Invim sulla cessione di un’area edificabile, diminuendo il valore iniziale, poi, quando già era stato notificato il ricorso, aveva “revocato parzialmente” il provvedimento “rinunciando” alla diminuzione del valore iniziale, e, nel contempo, aumentando il valore finale. Si rileva che: 1) tale forma di autotutela è esperibile a condizione che non siano ancora decorsi i termini di decadenza dal potere di accertamento; 2) da quanto espresso dalla Corte di Cassazione, dovrebbe rimanere fermo il principio in forza del quale, se l’Ufficio, in corso di causa, revoca parzialmente l’atto diminuendo la pretesa, il processo non si estingue per cessazione della materia del contendere ma prosegue, avendo il giudice l’obbligo di decidere sulla pretesa residua.

(Corte Cass., Sez. tributaria Sent. n. 21719, 20 ottobre 2011)

OSSERVATORIO COMUNITARIO

Sesta direttiva – Nozione di “trasferimento di un’universalità totale o parziale di beni”

Costituisce trasferimento di un’universalità totale o parziale di beni, ai sensi della disciplina uniforme dell’IVA, il trasferimento della proprietà dello stock di merci e dell’attrezzatura commerciale di un negozio al dettaglio, contestuale alla locazione al cessionario, a tempo indeterminato, dei locali del negozio stesso, locazione dalla quale entrambe le parti possano peraltro recedere con breve preavviso, a condizione che i beni trasferiti siano sufficienti affinché il medesimo cessionario possa proseguire durevolmente un’attività economica autonoma.

(Corte Giust. CE, sent. 10 novembre 2011, C-444/10)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Luogo delle operazioni imponibili IVA - Progettazione, locazione e montaggio di stand fieristici

Il trattamento tributario della prestazione di servizi consistente nella progettazione e messa a disposizione temporanea nonché, se necessario, nel trasporto e montaggio di uno stand fieristico o espositivo per clienti che presentano i loro prodotti o servizi in occasione di fiere o di esposizioni, deve essere ricondotto alla disciplina di cui alla Sesta Direttiva di cui all'art. 56, n. 1, lett. b), quando tale stand è concepito o utilizzato a fini pubblicitari; all'art. 52, lett. a), quando il medesimo stand è progettato e messo a disposizione per una fiera o esposizione determinata su un tema culturale, artistico, sportivo, scientifico, educativo, ricreativo o simile, ovvero quando esso corrisponde ad un modello per il quale l'organizzatore di una fiera o di un'esposizione determinata ha stabilito la forma, la dimensione, la composizione materiale o l'aspetto visivo; all'art. 56, n. 1, lett. g), quando la messa a disposizione temporanea, dietro compenso, degli elementi materiali costitutivi dello stesso stand costituisce il fattore determinante della prestazione.

(Corte Giust. CE, sent. 27 ottobre 2011, C-530/09)

CONVEGNI

Il conferimento d'opera e servizi nella srl

Mantova, **2 dicembre 2011**, ore 14.30

Via Luzio, 5 - Auditorium MPS

www.cameracivilemantova.it

Problemi attuali del concordato preventivo

Piacenza, **1° Dicembre 2011**

Palazzo Galli, Via Mazzini

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 informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -
Presidente: Paolo Panerai - Amministratore delegato: Domenico Ioppolo - Vice Direttore generale (finanza e legale) : 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.