

Anno 10 – Numero 5

7 marzo 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- IL SINDACO UNICO
- CONTRATTI DI ACQUISIZIONE
- DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

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, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

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

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Luca Agostara, Marco Sergio Catalano, Valerio Sangiovanni

INDICE

	<i>Page</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>Travagli legislativi sul sindaco monocratico per le S.p.A. e per le S.r.l.</i> di Maurizio Irrera e Marco Sergio Catalano	9
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>Il collegio sindacale nelle s.p.a.</i> di Oreste Cagnasso	21
<i>Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo</i> di Valerio Sangiovanni	27
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Appunti in tema di attività di direzione e coordinamento</i> di Luca Agostara	49
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	67
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	70

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Travagli legislativi sul sindaco monocratico per le S.p.A. e per le S.r.l.

Gli Autori esaminano le disposizioni in materia di composizione dell'organo di vigilanza e controllo delle S.p.A. e delle S.r.l. introdotte dalla L. n. 183 del 12 novembre 2011 (Legge di Stabilità 2012) e modificate dal D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (Decreto Semplificazioni).

di **Maurizio Irrera e Marco Sergio Catalano**

RELAZIONI A CONVEGNI

Il collegio sindacale nelle s.p.a.

La relazione illustra la previsione del sindaco unico nell'ambito delle società per azioni nelle due versioni contenute dapprima nella Legge di stabilità 2012 e successivamente nel d. l. "Semplificazioni".

di **Oreste Cagnasso**

Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo

Elemento centrale del contratto di compravendita di partecipazioni sociali è il prezzo che viene corrisposto dall'acquirente al venditore. In questo articolo si esamineranno le tipologie di clausole più ricorrenti nella prassi contrattuale in materia di corrispettivo. Bisogna peraltro evidenziare che, nelle acquisizioni di una certa importanza, solo raramente il prezzo è già determinato al momento della conclusione del contratto; più frequentemente vi è la previsione in contratto dei soli criteri che consentono la futura esatta determinazione del prezzo. In alcuni casi il pagamento del corrispettivo è parzialmente posposto ed eventuale, essendo legato - in parte - agli utili futuri della società (earn out). Nella parte finale ci occuperemo dei rimedi a disposizione dell'acquirente nel caso non sussista la consistenza patrimoniale e reddituale della società promessa dal venditore.

di **Valerio Sangiovanni**

SOMMARIO

COMMENTI A SENTENZE

Appunti in tema di attività di direzione e coordinamento

Ricostruito preliminarmente il percorso esegetico che, nonostante autorevoli voci contrarie, condusse ad ammettere la rilevanza giuridica dell'interesse di gruppo superiore a quello delle singole società affiliate, che pare sia stato recepito dal legislatore della Riforma, ci si sofferma, cogliendo gli spunti offerti dalla sentenza in commento, su alcune delle principali problematiche sollevate dalla recente normativa, con particolare riferimento alla qualificazione giuridica dell'attività di direzione e coordinamento, nonché ai presupposti e alla natura dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ.

di **Luca Agostara**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
Legislative innovations about the “sindaco monocratico” in corporations and limited liability companies	9
<i>This essay examines new provision about the organo di vigilanza e controllo’s composition (italian equivalent to “Auditors committee”) in corporations and limited liability companies, introduced by the law of 12th November 2011, n. 183 (“Legge di Stabilità 2012”) and modified by the law of 9th February 2012, n. 5 (“Decreto semplificazioni”).</i>	
by Maurizio Irrera and Marco Sergio Catalano	
REPORTS ON CONFERENCES	
The “Collegio sindacale” in the corporations	21
<i>This essay describes the legal provisions concerning the “sindaco unico” (Auditors committee composed by only one person) in the corporations, that have been introduced by the “Legge di stabilità 2012” and by the “d.l. Semplificazioni”.</i>	
by Oreste Cagnasso	
Share purchase agreement and price clauses	27
<i>The very point of the share purchase agreement is the price paid by the buyer: in this paper the Author examines the principal different types of price clauses. The price is rarely exactly determined at the time of the conclusion of the contract; most often the agreement only provides the criterions for a future determination of the price. In other cases, the payment of the price is partial and potential, depending on the earning of the company (earn out). In the final part of this essay the Author examines the remedies of the buyer.</i>	
by Valerio Sangiovanni	

INDEX-ABSTRACT

COMMENTS ON JUDGEMENTS

Notes about the activity of direction and coordination of companies

49

First of all, this note retraces the debate about legal signification which the interest of the holding company can gain and explains why it was admitted – even, so it appears, by the law – that such an interest can predominate over the interest of affiliate companies. Then the note takes some cue from the sentence to investigate on some issues raised by the reform of Italian company law, especially on legal definition of the activity of direction and coordination of companies and nature of liability deriving from the same activity.

by **Luca Agostara**

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E PER LE S.R.L.

Gli Autori esaminano le disposizioni in materia di composizione dell'organo di vigilanza e controllo delle S.p.A. e delle S.r.l. introdotte dalla L. n. 183 del 12 novembre 2011 (Legge di Stabilità 2012) e modificate dal D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (Decreto Semplificazioni).

di MAURIZIO IRRERA e MARCO SERGIO CATALANO

1. Le modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2012 e dal "Decreto Semplificazioni" agli artt. 2397 e 2477 Cod. civ.

Come noto, con l'approvazione della Legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di Stabilità 2012) sono state introdotte significative novità alla composizione dell'organo di vigilanza e controllo delle Società a responsabilità limitata e delle "piccole" Società per azioni.

L'art. 14 di tale Legge, che sotto la rubrica "*riduzione degli oneri amministrativi per imprese e cittadini*", raccoglie una serie eterogenea – o, meglio, un coacervo – di disposizioni (che vanno dalla disciplina delle c.d. "zone a burocrazia zero" a norme sul controllo di armi, munizioni ed esplosivi) aveva, da un lato, aggiunto all'art. 2397 Cod. civ. un ultimo comma, ai sensi del quale le società per azioni con ricavi o patrimonio netto inferiore ad un milione di euro potevano dotarsi di un organo di controllo monocratico, composto da un soggetto iscritto nel registro dei revisori legali.

Dall'altro lato, aveva modificato l'art. 2477 Cod. civ., stabilendo (sia pur con i limiti impliciti che verranno indicati nel successivo § 3) che le funzioni di vigilanza e controllo nelle società a responsabilità limitata fossero svolte non più da un collegio sindacale, bensì da un sindaco unico o da un revisore.

La *ratio* di tali disposizioni, peraltro espressamente dichiarata anche nella rubrica dell'art. 14, Legge di Stabilità 2012, era di ridurre i costi sostenuti dalle piccole e medie imprese – che costituiscono il tessuto connettivo dell'economia italiana¹ – al fine di snellirne l'attività².

¹ BERNARDI, *L'attuale disciplina del sindaco unico: riflessioni per un dibattito*, in www.odcec.mi.it, 2011, 4.

² L'opinione è comune in dottrina. In questo senso, v. per tutti SALAFIA, *Legge di stabilità: le modifiche all'organizzazione delle società di capitali*, in *Società*, 2011, 1423.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

Ma la soluzione prescelta per perseguire questo obiettivo aveva prestato il fianco a critiche, sia sotto il profilo dell'opportunità, sia sotto quello della tecnica legislativa.

Quanto al primo aspetto, si osservava come la scelta di un organo monocratico, in luogo di quello collegiale, per ricoprire la funzione di vigilanza, avrebbe comportato un maggior rischio di condizionamento del sindaco da parte della società ed una minore ponderazione ed accuratezza nello svolgimento dell'attività di controllo. Il tutto, in contrasto con la funzione di garanzia nei confronti dei soci e dei terzi che è propria dell'organo di controllo societario³.

Per ciò che concerne, invece, la tecnica legislativa, la scelta di modificare esclusivamente gli artt. 2397 e 2477 Cod. civ., ha comportato difetti di coordinamento fra gli articoli innovati e la disciplina generale di S.p.A. ed S.r.l., nonché dubbi interpretativi.

Ed è, probabilmente, proprio a causa del coro di critiche levatesi nei confronti delle soluzioni proposte con la Legge di Stabilità 2012, che il legislatore, a poco più di un mese di distanza dall'entrata in vigore della disciplina sul sindaco unico⁴, ha deciso

³ V. in proposito le osservazioni di SICILIOTI, *Rischiamo di indebolire le verifiche senza ottenere benefici sui costi*, in *Sole 24 Ore*, 5 novembre 2011, 16.

⁴ Le norme relative al sindaco unico contenute nella Legge di Stabilità 2012 sono entrate in vigore il 1° gennaio 2012. La Legge, tuttavia, non dettava alcuna disciplina transitoria per regolare il passaggio dalla disciplina del collegio sindacale a quella del sindaco unico per le S.r.l. Si è così posto il problema di stabilire se le norme relative al sindaco unico sarebbero entrate in vigore il 1° gennaio 2012, o successivamente alla scadenza dei Collegi sindacali in carica a tale data. Secondo una prima e minoritaria tesi, l'assenza di specifiche disposizioni di diritto transitorio implicava che le nuove disposizioni fossero applicabili sin dal primo momento, con conseguente obbligo di nominare il Sindaco unico in sostituzione dei Collegi sindacali esistenti, che sarebbero decaduti *ipso iure*, avendo perso il loro fondamento normativo (BUSANI, *Per il sindaco unico delle Srl «confine» fissato al 1° gennaio 2012*, in *Sole 24 Ore*, 16 novembre 2011, 37). Di contro, la dottrina prevalente ha rilevato, in primo luogo, che l'entrata in vigore della Legge di Stabilità 2012 non potesse comportare l'automatica cessazione dei Collegi sindacali in carica, non potendosi far rientrare l'introduzione di tale legge fra i motivi di decadenza dei sindaci, tassativamente previsti dall'art. 2399 Cod. civ. In secondo luogo, ha osservato che l'art. 2400, 1° comma, Cod. civ., il quale pone in tre esercizi la durata in carica dei sindaci, è norma imperativa e che, pertanto, in difetto di esplicite previsioni in tal senso, non avrebbe potuto essere derogata. Infine, sotto un profilo operativo, si è osservato che l'immediata caducazione dei sindaci in carica e la loro sostituzione con il sindaco monocratico avrebbe avuto come conseguenza che la relazione sul bilancio 2011 sarebbe stata effettuata da organi diversi da quelli che avevano effettuato le verifiche lungo il corso dell'anno [Cfr. 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. Nota interpretativa*, in www.cndcec.it, 2011, 6; RUOTOLO, NARDONE, *Il sindaco "unico" nella S.r.l. e nella S.p.a. (art. 14, legge 12 novembre 2011, n. 183)*, Studio n. 250-2011/I, in www.notariato.it, 2011, p- 6 di stampa; DE ANGELIS, FERIOZZI, *Srl, collegi*

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

di intervenire nuovamente sulla materia.

È di questi giorni, difatti, la notizia che, con l'approvazione del c.d. "Decreto Semplificazioni"⁵, il Governo è nuovamente intervenuto sugli artt. 2397 e 2477 Cod. civ., mutando alcuni dei presupposti applicativi dell'organo di vigilanza monocratico e chiarendo alcuni dei nodi problematici generati dalla novellazione delle disposizioni operata con la Legge di Stabilità.

Nel presente testo, dunque, si cercherà di tener conto delle innovazioni che verranno a breve operate sugli artt. 2397 e 2477 Cod. civ. dal Decreto Semplificazioni, senza tuttavia trascurare di evidenziare i problemi interpretativi che riguardano tali norme, nella formulazione prevista dalla Legge di Stabilità 2012 ed ancora (per poco) vigente.

2. Il Sindaco unico nelle S.p.A.

2.1 L'art. 2397, 3° comma, Cod. civ. introdotto dalla Legge di Stabilità 2012

A far le spese dell'iperattivismo legislativo è stato, principalmente, l'art. 2397 Cod. civ. La norma, nella versione introdotta dalla Legge di Stabilità 2012 prevedeva all'ultimo comma, che le società per azioni di dimensioni ridotte avessero la facoltà di prevedere statutariamente che l'organo di controllo fosse formato da un sindaco monocratico⁶, scelto fra revisori legali iscritti nell'apposito registro⁷. L'unico requisito

sindacali fuori gioco, in *ItaliaOggi*7, 14 novembre 2011, 4 DE ANGELIS, BOZZA, *Srl, collegi fino a fine mandato*, in *ItaliaOggi*, 17 novembre 2011, 23]. Per tali motivi, l'opinione maggioritaria era nel senso che – pur in assenza di una specifica disciplina transitoria – i Collegi sindacali in carica al 31 dicembre 2011 sarebbero rimasti in carica sino alla scadenza del loro mandato, o quantomeno fino all'approvazione del bilancio 2011 (in quest'ultimo senso, DE ANGELIS, FERIOZZI, *op. loc. cit.*). Il problema del momento di entrata in vigore del Sindaco monocratico per le S.r.l. è stato definitivamente risolto dal legislatore con l'emanazione del D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, che ha accolto espressamente tale ultima tesi, inserendo, all'art. 14, Legge di Stabilità 2012, un comma 13 *bis*, ai sensi del quale «*nelle Società a responsabilità limitata, i collegi sindacali nominati entro il 31 dicembre 2011 rimangono in carica fino alla scadenza naturale del mandato deliberata dall'assemblea che li ha nominati*».

⁵ Il cui testo definitivo è stato approvato in data 3 febbraio 2012 dal Consiglio dei Ministri ed è in corso di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.

⁶ Che la nomina del sindaco unico sia una facoltà e non un obbligo, lo si evince dal tenore letterale dell'ultimo comma dell'art. 2397 Cod. civ. introdotto dalla Legge di Stabilità 2012, il quale stabilisce che «*lo statuto può prevedere*» che l'organo di controllo sia composto da un sindaco monocratico. Tale opzione, pertanto, è rimessa ad una precisa ed esplicita volontà statutaria, in mancanza della quale la composizione dell'organo di controllo non potrà che essere collegiale (in questo senso, v. anche SALAFIA, *op. loc. cit.*)

⁷ Sebbene l'art. 2397, 3° comma, cod. civ. – nemmeno a seguito delle modifiche operate dal Decreto Semplificazioni – taccia sul punto, (probabilmente perché ovvio, essendo la norma

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

richiesto per accedere a tale possibilità era costituito dalla necessità che il patrimonio netto o, alternativamente, i ricavi societari, fossero inferiori ad un milione di euro⁸. Di contro, laddove entrambi i requisiti avessero superato tali soglie, sarebbe rimasto l'obbligo di nominare il collegio sindacale, composto da tre o cinque membri, nonché dai relativi sindaci supplenti⁹.

La scelta legislativa di ancorare la facoltà di nomina del collegio alla consistenza di ricavi o patrimonio netto ha suscitato alcune condivisibili critiche.

Si era, per un verso, osservato che, se l'obiettivo del novellato art. 2397, ultimo comma, Cod. civ. era di offrire un modello di controllo semplificato per le società di minori dimensioni, non sempre tali requisiti sarebbero stati integrati dalle società che avessero alternativamente patrimonio netto o ricavi inferiori ad un milione di euro. Si sarebbe potuto dare il caso, difatti, sia di società con patrimonio netto esiguo, ma ricavi rilevanti, sia di società con forte patrimonializzazione e ricavi ridotti¹⁰: in entrambi i casi, si sarebbe trattato di società di dimensioni e caratteristiche tali da rendere poco giustificabile la scelta di affidare le funzioni di vigilanza ad un organo monocratico.

Per altro verso, si è osservato che ancorare la possibilità di nominare un sindaco unico alla sussistenza di ricavi inferiori ad un milione di Euro avrebbe condotto alla conseguenza paradossale che si sarebbe dischiusa a società in crisi la possibilità di dotarsi di un sindaco monocratico, in luogo del collegio sindacale¹¹. E che, quindi, si sarebbe depotenziato l'organo di vigilanza proprio laddove sarebbe stato il caso di intensificare e rendere maggiormente penetranti i controlli sull'attività sociale.

2.2 (Segue) ... e la sua riformulazione ad opera del Decreto Semplificazioni

In considerazione di tali perplessità, e raccogliendo i suggerimenti provenienti da alcuni commentatori¹², il legislatore è tornato sui propri passi e, con il c.d. "Decreto Semplificazioni" ha riformulato integralmente l'ultimo comma dell'art. 2397 Cod. civ.

La norma prevede ora che, salva diversa disposizione dello statuto, se ricorrono

contenuta nel paragrafo del Codice civile dedicato al collegio sindacale), si ritiene comunemente che – così come previsto per il sindaco unico di S.r.l. – al sindaco unico si applichino le disposizioni relative al Collegio sindacale. V. per tutti CNDCEC, *op. cit.*, 4.

⁸ Per l'alternatività del criterio patrimoniale e di quello reddituale, v. le osservazioni di BERNARDI, *op. cit.*, 3; CNDCEC, *op. cit.*, 3; RUOTOLO, NARDONE, *op. cit.*, 6.

⁹ DE ANGELIS, *Collegi sindacali, due parametri*, in *ItaliaOggi*, 12 novembre 2011, 31.

¹⁰ BERNARDI, *op. cit.*, 3 ss.

¹¹ DE ANGELIS, *Le spa in perdita potranno ridurre i sindaci*, in *ItaliaOggi*, 15 novembre 2011, 27, il quale autore, peraltro, in ID., *Il collegio sindacale rimane obbligatorio nelle s.r.l. con ricavi e patrimonio netto superiori a un milione di euro*, in *Società*, 2012, 41, esprime una valutazione positiva delle modifiche operate all'art. 2397 Cod. civ. dalla Legge di Stabilità 2012.

¹² BERNARDI, *op. loc. cit.*

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

le condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata¹³, le funzioni del collegio sindacale sono esercitate da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro¹⁴. Nell'ipotesi in cui vengano meno le condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata, l'assemblea dovrà nominare il collegio sindacale entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio da cui sia emersa la perdita di tali condizioni.

Rispetto alla precedente formulazione della disposizione, si impongono alcune osservazioni.

La prima è che, dall'entrata in vigore del Decreto Semplificazioni, la previsione dell'organo di controllo monocratico nelle società per azioni che abbiano i requisiti per redigere il bilancio in forma abbreviata non è divenuta obbligatoria, ma continua ad essere meramente facoltativa.

Ma, a differenza di quanto previsto dalla precedente formulazione della norma, in caso di silenzio o di rinvio alle norme di legge da parte dello statuto, la società dovrà nominare il sindaco unico, dovendo essere di contro espressamente prevista la scelta dell'organismo di vigilanza collegiale. Lo si desume dall'*incipit* del nuovo terzo comma dell'art. 2397 Cod. civ., il quale fa espressamente salve le diverse disposizioni statutarie, che continuino a prevedere la nomina del collegio sindacale.

In secondo luogo, si osserva che la scelta del sindaco monocratico – come già in precedenza – è preclusa alle società quotate in borsa: ci sembra, infatti, che osti alla possibilità di ricorrere al sindaco unico l'art. 148 T.U.F., il quale impone che l'organo di controllo delle società quotate sia collegiale e che un suo componente venga eletto dai soci di minoranza.

Sotto diverso profilo, rileviamo come la possibilità di dotarsi di organo di controllo monocratico sia ancorata non più alla sussistenza di patrimonio netto o ricavi inferiori al milione di euro, bensì dei requisiti richiesti dalla legge per la redazione del bilancio in forma semplificata¹⁵.

¹³ L'art. 2435 *bis* Cod. civ. consente di redigere il bilancio abbreviato, allorché nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, la società non superi due dei seguenti tre requisiti: a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale di 4.400.000,00 Euro; b) ricavi delle vendite e delle prestazioni di 8.800.000,00 Euro; c) dipendenti occupati in media durante l'esercizio in numero di 50 unità.

¹⁴ Il fatto che la norma richieda che il sindaco sia iscritto nell'elenco dei revisori, evidentemente, non implica che questi abbia altresì il dovere di esercitare la revisione legale dei conti della società, essendo invece necessaria una specifica previsione statutaria che lo stabilisca. In questo senso, con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 2397 Cod. civ. (sul punto rimasta invariata), BERNARDI, *op. cit.*, 7.

¹⁵ Il che ci pare implichi, rispetto alla previgente versione dell'art. 2397, 3° comma, Cod. civ., un significativo incremento delle società per azioni che potranno avvalersi dell'organo di

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

Questa scelta legislativa merita approvazione, giacché maggiormente coerente ed armonica, sotto il profilo sistematico, rispetto a quella operata con la Legge di Stabilità 2012: il riferimento alle soglie previste dall'art. 2435 *bis* Cod. civ. per la redazione del bilancio in forma semplificata, infatti, è operato anche dall'art. 2477 Cod. civ. quale spartiacque fra le società a responsabilità limitata obbligate e non alla nomina dell'organo di controllo.

Si viene così a creare un sistema coerente in cui, al di sotto delle predette soglie, la società per azioni potrà optare per il sindaco unico, mentre la società a responsabilità limitata non sarà obbligata a nominare l'organo di controllo; laddove, invece, i requisiti per la redazione del bilancio in forma abbreviata vengano superati, la società per azioni sarà obbligata a nominare il collegio sindacale e quella a responsabilità limitata l'organo di controllo.

Alla maggior armonia sistematica conseguita dal "nuovo" terzo comma dell'art. 2397 Cod. civ. fanno da contraltare le critiche relative a tecnica, tempi e metodo con cui la disposizione è stata innovata.

Innanzitutto, il fatto che il legislatore sia tornato in così poco tempo sui propri passi, per stravolgere una norma appena entrata in vigore, è un evidente sintomo dell'eccessiva sbrigatività con cui è stata approvata la prima versione della disposizione¹⁶.

Ed anche la decisione di innovare detta norma mediante decreto legge non può dirsi immune da censure. In linea generale, è quantomeno discutibile la decisione di disciplinare un istituto tanto rilevante, qual è l'organismo di vigilanza delle società, a colpi di decretazione d'urgenza¹⁷ (soprattutto laddove – come nel caso di specie – pare difettare proprio il requisito dell'urgenza della modifica legislativa). In particolare, poi, la scelta di sostituire il nuovo 3° comma dell'art. 2397 cod. civ. mediante decreto legge espone lo stesso articolo al rischio di essere modificato in sede di conversione. Con la conseguenza che, per il medesimo istituto – vale a dire il sindaco monocratico nelle società per azioni – potrebbero essere dettate tre differenti discipline nell'arco di tempo di meno di sei mesi; con buona pace per la certezza del diritto, che dovrebbe costituire uno dei pilastri su cui poggia il corretto funzionamento di un'economia di scambio.

controllo monocratico, essendo i limiti posti dall'art. 2435 *bis* Cod. civ. più ampi rispetto a quelli derivanti dalla sussistenza di patrimonio netto o ricavi inferiori ad un milione di euro.

¹⁶ Esplicitamente stigmatizzata, fra gli altri, dal CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO (a cura di), *op. cit.*, pag. 1 di stampa.

¹⁷ La decisione di modificare la disciplina dell'organo di controllo delle società mediante decreto legge, peraltro, aveva suscitato vive polemiche in sede parlamentare. Ne danno conto VENTURA, *I collegi sindacali non si toccano*, in *ItaliaOggi*, 2 febbraio 2012, 21; NEGRI, *Il senato avverte: niente decreti legge sui controlli societari*, in *Sole 24 Ore*, 2 febbraio 2012, 21.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

3. Il Sindaco unico nelle S.r.l.

3.1 Il sindaco monocratico nella Legge di Stabilità 2012

Passando ora all'esame della disciplina del Sindaco unico per le S.r.l. contenuta nell'art. 2477 Cod. civ., si può osservare come la norma in esame, a seguito delle modifiche operate con la Legge di Stabilità 2012, avesse sostanzialmente conservato il contenuto originario, sostituendo tuttavia tutti i riferimenti al collegio sindacale con quelli al sindaco unico di nuova introduzione.

Dunque, anche a seguito della modifica operata dalla Legge di Stabilità 2012 – in questo lasciato immutato dal Decreto Semplificazioni – nelle S.r.l. la nomina dell'organo di vigilanza è facoltativa, salvo che non si ricada nei casi previsti dall'art. 2477, 2° e 3° comma, cod. civ., vale a dire: 1) società con capitale sociale non inferiore al capitale minimo delle società per azioni (120.000,00 Euro); 2) società tenuta alla redazione del bilancio consolidato; 3) società controllante altra società obbligata alla revisione dei conti; 4) società che per due esercizi consecutivi superi almeno due dei limiti previsti dall'art. 2435 *bis* Cod. civ. per la redazione del bilancio consolidato.

Nelle predette ipotesi, affermava l'art. 2477 Cod. civ. modificato dalla Legge di Stabilità 2012, la società sarebbe stata tenuta a nominare (non più il collegio sindacale, bensì) il sindaco, il quale dovrà esercitare altresì la revisione legale dei conti – salva diversa disposizione dello statuto – ed al quale avrebbe dovuto essere applicata la disciplina delle società per azioni.

Nonostante la lettera della norma si riferisse esclusivamente all'organo sindacale unipersonale, alcuni commentatori hanno sostenuto che per le società a responsabilità limitata sarebbe stato comunque possibile optare per il collegio sindacale, essendo meramente facoltativa la nomina del sindaco monocratico.

A conforto di tale opinione, si è rilevato come non vi fosse alcuna disposizione a vietare espressamente la nomina di collegi sindacali nelle società a responsabilità limitata; che, se la *ratio* della disposizione era quella di consentire alle società di ridurre i costi di gestione, dotandosi di un organo di controllo monocratico, non si sarebbe dovuto precludere alle società che non intendevano fruire di tale semplificazione di continuare ad avvalersi di un organo pluripersonale; ed, infine, che numerose disposizioni del codice civile, continuavano a fare riferimento al Collegio sindacale nelle società a responsabilità limitata, a testimonianza del fatto che il legislatore non avesse inteso abbandonare detta figura¹⁸. Di conseguenza, secondo tale impostazione, le disposizioni sul sindaco monocratico avrebbero trovato applicazione solo nell'ipotesi in cui vi sia un'espressa scelta dei soci o nel caso in cui le clausole statutarie relative alla nomina dell'organo di controllo avessero fatto rinvio alle vigenti norme di legge;

¹⁸ Per un'accurata elencazione delle disposizioni in materia di S.r.l. che, ancora oggi, si riferiscono *tout court* al collegio sindacale, v. ABRIANI, *Collegio sindacale e sindaco unico nella s.r.l. dopo la Legge di stabilità*, in *Società*, 2011, 1425.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

diversamente, si sarebbe potuta salvaguardare la volontà di affidare il controllo della società ad un organo collegiale¹⁹.

Sul versante opposto, vi erano coloro i quali affermavano che il novellato art. 2477 Cod. civ. fosse norma imperativa, e che pertanto tutte le clausole che prevedevano la nomina del Collegio sindacale avrebbero dovuto essere adeguate alla nuova disciplina, a pena di nullità. In altri termini, per tutte le società a responsabilità limitata sarebbe divenuta obbligatoria la nomina del sindaco monocratico, senza possibilità di optare per il collegio²⁰.

3.2 L'intervento "correttivo" del Decreto Semplificazioni

Con il Decreto Semplificazioni, il legislatore sembrerebbe aver definitivamente optato per la mera facoltatività della nomina del sindaco monocratico nelle S.r.l.²¹ Dispone, infatti, il nuovo primo comma dell'art. 2477 Cod. civ. che «*l'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore, Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo*». Lo stesso Decreto, poi, ha modificato il terzo, quarto ed il sesto comma della disposizione, sostituendo i riferimenti al sindaco unico con quelli, più generici, all'organo di controllo e al revisore.

Già da una lettura piana del 1° comma del novellato art. 2477 Cod. civ. si può verificare come il legislatore, similmente a quanto previsto per le società per azioni di ridotte dimensioni, abbia deciso di prevedere, come regola, che la funzione di controllo nelle società a responsabilità limitata sia compiuta da un sindaco monocratico o da un revisore, salva la facoltà di prevedere nello statuto che tale funzione venga svolta da un organo collegiale.

¹⁹ In questo senso, fra gli altri, SALAFIA, *op. cit.*, 1423; ABRIANI, *op. cit.*, 1426 s.; RUOTOLO, NARDONE, *op. cit.*, p. 1 ss. di stampa; DE ANGELIS, *Il collegio sindacale rimane obbligatorio*, cit., 42; CNDCEC, *op. cit.*, 5 s.

²⁰ CAGNASSO *Un dubbio di legittimità*, in *ItaliaOggi*, 22 novembre 2011, 24; A. IORIO, *Sindaco unico asso pigliatutto*, in *Sole 24 Ore*, 14 novembre 2011, 5; BUSANI, *Nelle Srl il sindaco sarà unico*, *ivi*, 12 novembre 2011, 18.

²¹ Si deve peraltro osservare che una anteriore bozza del Decreto Semplificazioni – approvata in prima lettura in data 27.1.2012 – prevedeva di contro l'imposizione del sindaco unico a tutte le società a responsabilità limitata, senza alcuna distinzione. L'art. 36 di tale bozza di decreto conteneva infatti una norma di interpretazione autentica dell'art. 2477 Cod. civ. introdotto dalla Legge di Stabilità 2012, ai sensi della quale «*l'articolo 2477 del codice civile, come modificato dall'articolo 14, comma 13, della legge 12 novembre 2011, n. 183, si interpreta nel senso che le società a responsabilità limitata hanno in ogni caso un unico sindaco o revisore*». Su tale disposizione, v. CICCIA, *Le Srl avranno un sindaco unico*, in *ItaliaOggi*, 24 gennaio 2012, 35.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

Ne consegue che le società a responsabilità limitata obbligate alla nomina dell'organo di controllo, i cui statuti rinviino alle norme di legge o non dispongano nulla in particolare in merito alla composizione di tale organo, saranno tenute a nominare un organo di vigilanza costituito da un sindaco monocratico o da un revisore²². Per affidare la funzione di controllo ad un organo pluripersonale, invece, sarà necessaria un'esplicita previsione statutaria.

Se è vero che l'intervento operato con il Decreto Semplificazioni ha consentito di chiarire che le società a responsabilità limitata sono, in linea generale, libere di scegliere fra sindaco unico e sindaco monocratico, non ci sembra pur tuttavia che esso sia riuscito a delimitare tale facoltà; in altri termini, non ha chiarito se per tutte le società a responsabilità limitata sia possibile la nomina del sindaco unico o se, superate determinate soglie dimensionali, la società sia obbligata a nominare il collegio sindacale.

Il dubbio si era posto, a seguito dell'entrata in vigore della Legge di Stabilità 2012, per via del tenore del rinvio operato dall'art. 2477, 5° comma, Cod. civ., che allora prevedeva che al sindaco unico si applicassero le norme sulla società per azioni.

A fronte di tale disposizione vi era, da un lato, chi sosteneva che il rinvio dovesse intendersi come limitato alle disposizioni relative ai requisiti di eleggibilità ed alle funzioni dell'organo di controllo²³.

Dall'altro lato, invece, si affermava che il rinvio operasse nei confronti di tutte le disposizioni relative alle società per azioni, ivi incluso l'art. 2397, 3° comma, cod. civ. (nella versione introdotta dalla Legge di Stabilità 2012), che, letto *a contrario*, imponeva l'obbligo di nomina del collegio sindacale allorché fossero stati superati i requisiti patrimoniali e reddituali previsti dalla norma. Con la conseguenza che, laddove la società a responsabilità limitata avesse avuto patrimonio netto e reddito superiori ad un milione di euro, sarebbe stata obbligatoria la nomina del collegio sindacale, così come previsto per la società per azioni²⁴.

A seguito delle modifiche operate con il Decreto Semplificazioni, l'art. 2477, 5° comma, cod. civ. è stato sostituito, prevedendosi ora che all'organo di controllo o al revisore, anche se in composizione monocratica, si applichino le norme relative al collegio sindacale delle società per azioni.

Sebbene la norma svolga una portata chiarificatrice, specificando che all'organo di controllo delle società a responsabilità limitata si applicano solo quelle relative al

²² FELICIONI, *Sindaco unico per srl e anche spa*, in *ItaliaOggi* 7, 30 gennaio 2012, 7; BUSANI, *Società di capitali: sindaco unico a doppio binario*, in *Sole 24 Ore – Norme e Tributi*, 13 febbraio 2012, 1; ID. *Revisione legale «a scelta» nella Srl*, *ibidem*, 1.

²³ CAGNASSO, *Op. loc. cit.*

²⁴ ABRIANI, *op. cit.*, 1427 s.; DE ANGELIS, *Il collegio sindacale rimane obbligatorio*, *cit.*, 41 ss.; CNDCEC, *op. cit.*, 5 s.; RUOTOLO, NARDONE, *op. cit.*, 5.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

collegio sindacale delle società per azioni, essa continua a non esprimersi sul perimetro del rinvio.

Si potrebbe così ancora oggi sostenere che esso sia riferito alle sole disposizioni relative a requisiti per la nomina e funzioni dell'organo, così come – invece – all'intero § 3, Sezione VI *bis*, del Capo V del Libro Quinto del codice civile, intitolato “*Del collegio sindacale*”. Con la conseguenza che, in tal caso, il rinvio opererebbe anche nei confronti dell'art. 2397 Cod. civ. il quale, nel dettare le norme relative alla composizione del collegio sindacale, stabilisce oggi che questo sia obbligatorio laddove la società non posseda o abbia perso i requisiti previsti dall'art. 2435 *bis* Cod. civ. per la redazione del bilancio in forma semplificata.

Tale interpretazione, pur giustificata dal tenore letterale dell'art. 2477 Cod. civ., presenta il grave inconveniente di svuotare parzialmente di contenuto la disposizione stessa, privando le società a responsabilità limitata che superino due dei limiti previsti per la redazione del bilancio abbreviato della possibilità di nominare un sindaco unico.

È più probabile, di contro, e più coerente con l'impianto normativo delineato dal legislatore, che il rinvio alla disciplina del collegio sindacale nelle società per azioni operi nel senso di estendere al sindaco monocratico o al revisore le sole disposizioni in materia di nomina, compiti, funzionamento, durata e cessazione dell'incarico.

Simile interpretazione, tuttavia, potrebbe prestare il fianco a censure di incostituzionalità non dissimili da quelle che già avevano colpito le modifiche operate dalla Legge di Stabilità 2012 agli artt. 2397 e 2477 Cod. civ.²⁵.

Ove si ritenesse, infatti, che tutte le società a responsabilità limitata, anche se di dimensioni rilevanti, possano nominare il sindaco monocratico, si potrebbe ravvisare una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina prevista per le società per azioni, le quali alle medesime condizioni sarebbero obbligate a nominare il Collegio sindacale.

Ci sembra, tuttavia, che tali censure di incostituzionalità possano essere superate, per due ordini di ragioni.

²⁵ Sull'incostituzionalità degli artt. 2397 e 2477 Cod. civ. modificati dalla Legge di Stabilità 2012, v. CAGNASSO, *Op. loc. cit.*; COTTO, MEOLI, *Sindaco unico a rischio costituzionalità*, in *Quotidiano del commercialista*, 14 novembre 2011. Tali autori, muovendo dal presupposto che l'art. 2477 Cod. civ. imponesse la nomina del sindaco unico nelle società a responsabilità limitata, ritenevano che fra l'art. 2397, 3° comma e l'art. 2477 Cod. civ. sussistesse una irragionevole disparità di trattamento: a parità di dimensioni (società con patrimonio netto e ricavi superiori ad un milione di euro), infatti, la società per azioni sarebbe stata obbligata a nominare il collegio sindacale, mentre la società a responsabilità limitata, pur avendo le stesse esigenze di controllo, il sindaco unico. Disparità, questa, che si sarebbe posta in contrasto con l'art. 3 Cost., rendendo incostituzionale la disciplina del sindaco monocratico nelle società a responsabilità limitata.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

Il primo è che, comunque, la nomina del sindaco monocratico, anche per le società a responsabilità limitata, è una semplice facoltà; e che, dunque, a tali società è comunque consentito nominare il collegio sindacale.

Il secondo, di carattere più generale, è che non necessariamente la miglior qualità del controllo sull'attività della società non necessariamente passa per la composizione collegiale dell'organo di vigilanza, ma sembra piuttosto essere garantita dall'effettiva indipendenza ed imparzialità dei componenti di tale organo.

A tale considerazione, si deve aggiungere che nelle società a responsabilità limitata è riconosciuto dall'art. 2476 Cod. civ., un penetrante potere di controllo ad ogni singolo socio, che sembrerebbe poter contribuire a garantire un'incisiva vigilanza sull'attività sociale, anche nell'ipotesi in cui l'organo di controllo sia monocratico. E, di conseguenza, a mettere l'art. 2477 Cod. civ. al riparo da dubbi di incostituzionalità.

4. Sindaco unico e nomina del sindaco supplente

Pur rinviando genericamente alle disposizioni sui sindaci previste per le società per azioni, gli artt. 2397 e 2477 Civ., tanto nella formulazione disposta dalla Legge di Stabilità 2012, quanto in quella prevista dal Decreto Semplificazioni tacciono in merito alla necessità o meno, per le società – sia per azioni che a responsabilità limitata – che si dotino del sindaco monocratico, di nominare un sindaco supplente.

A questo dubbio la dottrina prevalente formatasi all'indomani dell'entrata in vigore della Legge di Stabilità 2012 forniva risposta negativa, ritenendo incompatibile la struttura semplificata dell'organo di controllo monocratico con l'applicazione analogica delle disposizioni in materia di nomina e sostituzione dei componenti del collegio sindacale, che per qualsiasi ragione siano cessati dalle loro funzioni²⁶. A seguito della riformulazione del 1° comma dell'art. 2477 Cod. civ., operata dal Decreto Semplificazioni, tale tesi sembrerebbe aver trovato un appiglio letterale – quantomeno per le società a responsabilità limitata – nella parte in cui la disposizione stabilisce che, se non è previsto diversamente dallo statuto, l'organo di controllo è composto da un solo componente effettivo.

Ci sembra, tuttavia, che ciò non sia decisivo per sostenere con certezza che le S.r.l. munite di sindaco unico non siano tenute, o quantomeno non possano, nominare anche un sindaco supplente.

Per quanto concerne la lettera dell'art. 2477, 1° comma, cod. civ., essa sembra limitarsi a sancire che la regola, per le società a responsabilità limitata (rientranti nei limiti di cui all'art. 2397, 3° comma, Cod. civ.), sia la nomina di un sindaco monocratico e l'eccezione, da prevedersi espressamente nello statuto, sia quella del collegio sindacale. Ma la stessa norma non sembra imporre in alcun modo che l'organo

²⁶ DE ANGELIS, FERIOZZI, *Op. loc. cit.*; CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO (a cura di), *Op. cit.*, pag. 2 di stampa.

STUDI E OPINIONI

TRAVAGLI LEGISLATIVI SUL SINDACO MONOCRATICO PER LE S.P.A. E LE S.R.L.

di controllo monocratico sia composto solo ed esclusivamente da un membro effettivo, né comunque vietare la nomina di un supplente. E, d'altra parte, non ci sembra sussistano altre disposizioni imperative o interessi pubblici tali da precludere tale facoltà alle società a responsabilità limitata.

Anzi, a ben vedere, il richiamo compiuto dall'art. 2477 Cod. civ. alla disciplina del collegio sindacale nella società per azioni ci sembra imporre la nomina del sindaco supplente anche nel caso di sindaco monocratico, senza possibilità di alternativa.

Nomina a cui, peraltro, parrebbe comunque opportuno provvedere, per evidenti ragioni di carattere pratico.

Infatti, se è vero che il sindaco unico si caratterizza per agilità e snellezza di funzionamento, è altrettanto vero che il soggetto incaricato di rivestire tale incarico ricopre le medesime funzioni spettanti ai membri di un collegio sindacale. Non solo. A seguito delle modifiche apportate dal D. L. n. 212/2011 all'art. 14, 6° comma, Legge di Stabilità 2012, al sindaco potrebbero essere affidate anche le funzioni proprie dell'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6, D. Lgs. n. 231/2001.

Dunque, in capo al sindaco unico potrebbero concentrarsi una serie di doveri che inducono a ritenere preferibile garantire la continuità della presenza dell'organo di vigilanza, applicando anche al sindaco unico l'istituto del sindaco supplente, previsto per le società per azioni.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL COLLEGIO SINDACALE NELLE S.P.A.*

La relazione illustra la previsione del sindaco unico nell'ambito delle società per azioni nelle due versioni contenute dapprima nella Legge di stabilità 2012 e successivamente nel d. l. "Semplificazioni".

di **ORESTE CAGNASSO**

1. La Legge di stabilità

L'art. 14, comma quattordicesimo della Legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2012, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 265 del 14 novembre 2011 e entrata in vigore il 1° gennaio 2012), ha introdotto un nuovo comma in chiusura dell'art. 2397 c.c..

Nella nuova stesura la norma, che disciplina la composizione del collegio sindacale delle s.p.a., così dispone:

“Il collegio sindacale si compone di tre o cinque membri effettivi, soci o non soci. Devono inoltre essere nominati due sindaci supplenti.

Almeno un membro effettivo ed uno supplente devono essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. I restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti tra gli iscritti negli albi professionali individuati con decreto del Ministro della Giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche.

Per le società aventi ricavi o patrimonio netto inferiori a 1 milione di euro lo statuto può prevedere che l'organo di controllo sia composto da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro”.

A sua volta il comma dodicesimo dell'art. 14 ora richiamato ha introdotto un ulteriore comma, 4 bis, all'interno dell'art. 6 del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La nuova norma così prevede:

“Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza”.

* Relazione tenuta a Milano il 2/2/2012 in occasione del convegno organizzato da Paradigma sul tema *“Il sistema dei controlli societari nelle imprese e nei gruppi”.*

RELAZIONI A CONVEGNI

COLLEGIO SINDACALE - SOCIETÀ PER AZIONI

Tale regola è stata successivamente modificata dall'art. 16, comma primo del d. legge 22 dicembre 2011, n. 212. Il nuovo testo così recita:

“Nelle società di capitali il sindaco, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza”.

Tuttavia tale norma non è stata convertita in legge.

2. L'ambito di applicazione della previsione del sindaco unico

La norma trova applicazione con riferimento alle società per azioni, che presentino i requisiti dimensionali in conformità ai parametri da essa previsti.

Occorre però osservare che essa viene in considerazione ovviamente solo nel caso in cui la s.p.a. adotti il sistema di amministrazione e di controllo di tipo tradizionale. Infatti il consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e il comitato per il controllo della gestione nel sistema monistico continuano ad essere necessariamente organi collegiali.

La disposizione in esame si estende alle società in accomandita per azioni.

Secondo un orientamento, fatto proprio dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dal Consiglio Nazionale del Notariato, valeva anche per le s.r.l..

3. I presupposti di applicazione

3.1. Come si è appena osservato, il primo presupposto di applicazione della previsione del sindaco unico è costituito dalla presenza nello statuto di una clausola che espressamente la contempli. Naturalmente ciò comporta una modificazione statutaria per l'introduzione di tale regola convenzionale. La clausola poi potrebbe sia imporre la presenza del sindaco unico, sia prevederne l'ammissibilità, lasciando all'assemblea la scelta tra la costituzione di un organo collegiale o individuale.

3.2. Il secondo presupposto è costituito dal dato dimensionale, riferito a due parametri alternativi, rappresentati dai ricavi o dal patrimonio netto, che debbono essere inferiori a un milione di euro.

Il confronto con i presupposti di applicazione del bilancio in forma semplificata mette in luce le profonde differenze tra l'ambito di applicazione di quest'ultimo e quello del sindaco unico e ciò sia sotto il profilo dei parametri presi in considerazione, sia sotto quello dell'ammontare degli stessi.

Infatti, come è noto, il bilancio in forma abbreviata può essere redatto dalle società, che non abbiano emesso titoli negoziati in mercati regolamentati, quando, nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti: totale dell'attivo dello stato patrimoniale; ricavi delle vendite e delle prestazioni; dipendenti occupati in media durante l'esercizio.

RELAZIONI A CONVEGNI

COLLEGIO SINDACALE - SOCIETÀ PER AZIONI

L'ammontare del totale dell'attivo è di 4.400.000,00 euro; quello dei ricavi 8.800.000,00 euro.

Come è facile constatare, la possibilità di utilizzare la forma semplificata del bilancio richiede alla società di essere "sotto soglia" con riferimento ad almeno due parametri; inoltre tali parametri sono riferiti con chiarezza ad elementi risultanti dal bilancio; ed, infine, l'ammontare preso in considerazione è alquanto più elevato.

3.3. Il primo parametro di riferimento per la previsione del sindaco unico è appunto costituito, in conformità al nuovo testo dell'ultimo comma dell'art. 2397 c.c., dai **ricavi**.

La formula appare molto meno precisa rispetto a quanto stabilito dall'art. 2435 *bis* c.c., già sopra richiamato, ove, in relazione al bilancio in forma abbreviata, il riferimento è effettuato ai "ricavi delle vendite e delle prestazioni". Si tratta della voce, individuata con tale formula, al punto 1) lettera A) del conto economico e quindi della prima voce del settore relativo al valore della produzione (cfr. l'art. 2425 c.c.).

La mancata specificazione della fonte dei ricavi e, in particolare, il mancato utilizzo dell'espressione "delle vendite e delle prestazioni" possono determinare alcuni dubbi interpretativi.

Che si tratti dei ricavi risultanti dalle voci del conto economico non parrebbe dubbio; semmai potrebbe porsi il problema se il riferimento sia alla sola voce numero 1) della lett. A) (valore della produzione) o ricomprenda anche la voce numero 5), relativa agli "altri ricavi".

La mancata specificazione e il confronto con la formula utilizzata nell'ambito della disciplina del bilancio abbreviato farebbe propendere per l'interpretazione più lata.

Per contro, dato l'utilizzo del termine "ricavi", possono ritenersi rilevanti i "proventi finanziari" o "quelli straordinari" o anche l'intero totale della lettera A), concernente appunto il valore della produzione?

Il legislatore, vista la rilevanza, ai fini della composizione dell'organo di controllo, dell'individuazione del presupposto costituito dai ricavi, avrebbe potuto essere più preciso.

Al proposito potrebbe venire in considerazione l'elaborazione effettuata nell'interpretazione delle "soglie" che consentono di individuare l'imprenditore non soggetto al fallimento e al concordato preventivo ed in particolare quella costituita dal riferimento ai "ricavi lordi" "in qualunque modo risultanti". Nell'ambito della disciplina in esame manca sia la specificazione "lordi", sia quella "in qualunque modo risultanti".

Si è osservato che *"per ricavi si intendono i proventi caratteristici dell'impresa includendo nella voce tutti i componenti positivi di reddito, ordinari, straordinari e finanziari, i quali sussistono in quanto esiste l'impresa offrendo comunque un indice dimensionale della stessa a prescindere dalla stabilità o meno degli stessi"*. *"Anche i ricavi di natura straordinaria andranno computati" "escludendo unicamente quei*

RELAZIONI A CONVEGNI

COLLEGIO SINDACALE - SOCIETA' PER AZIONI

proventi straordinari che non derivano da plusvalenze da alienazioni di immobilizzazioni (ad esempio le sopravvenienze attive derivanti dalla rinuncia a finanziamenti dei soci, rettifiche positive di errori contabili, plusvalenze da condono ...) oltre agli incrementi di immobilizzazioni per lavori interni e le rivalutazioni di attività finanziarie". "In definitiva le voci indicate all'art. 2425 c.c., che disciplina appunto la struttura del conto economico", sono le seguenti:

A) i nn. 1, 3 e 5;

C) i nn. 15, 16, 17 e 17 bis se positivi;

E) il n. 20 con esclusione dei proventi straordinari che non derivano da plusvalenze da alienazioni di immobilizzazioni". (MATTEI, *Piccolo imprenditore e debitore fuori dai parametri*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, I, diretto da L. Ghia, C. Piccinini, F. Severini, Torino, 2010, p. 232 s.).

I passi riprodotti dimostrano la difficoltà di interpretare la formula all'interno della disciplina fallimentare per l'individuazione dell'imprenditore non soggetto al fallimento. Dimostrano altresì una lettura ampia e praticamente ricomprendente tutti i ricavi e i proventi, anche finanziari e straordinari.

Occorre ancora osservare che l'interpretazione del parametro "ricavi" all'interno della disciplina fallimentare è condizionato dalla presenza dell'ulteriore parametro che fa riferimento all'attivo patrimoniale e quindi alcune voci di ricavi potrebbero non essere comprese per evitare duplicazioni.

Nel nostro caso quindi la formula "ricavi" potrebbe essere intesa in senso lato, mancando ogni specificazione.

3.4. L'ulteriore e alternativo parametro di riferimento è costituito dal **patrimonio netto**, che ricomprende le voci previste dall'art. 2424 c.c. lett. A) del passivo, denominate appunto con tale formula.

Qualche dubbio potrebbe porsi sull'effettiva rilevanza di tale voce, che parrebbe scarsamente idonea, in una situazione di crisi, a rispecchiare le dimensioni dell'impresa e la complessità dell'attività societaria.

Ulteriori dubbi potrebbero formularsi in ordine all'opportunità del riferimento alternativo all'uno o all'altro parametro e non ad entrambi.

3.5. Al fine dell'applicazione della norma in esame i parametri in questione debbono risultare da un accertamento contabile, dal progetto di bilancio redatto dagli amministratori o da quello approvato dall'assemblea? Ed inoltre quando la clausola, che preveda il sindaco unico, diventa operativa?

Pare da ritenere che i parametri debbono risultare dal progetto di bilancio e che la clausola diventi operativa in sede di assemblea convocata per l'approvazione di quest'ultimo.

RELAZIONI A CONVEGNI

COLLEGIO SINDACALE - SOCIETA' PER AZIONI

4. Il d. l. “Semplificazioni”

L'art. 35, primo comma del d. l. 9 febbraio 2012, n. 5, contenente “Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo” (pubblicato nella G.U. n. 33 del 9 febbraio 2012 ed entrata in vigore il 10 febbraio successivo) ha ulteriormente riscritto il terzo comma dell'art. 2397 c.c., prevedendo:

“Se lo statuto non dispone diversamente e se ricorrono le condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435 bis, le funzioni del collegio sindacale sono esercitate da un sindaco unico, scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. L'assemblea provvede alla nomina del collegio sindacale, entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio dal quale risulta che sono venute meno le condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata. Scaduto il termine, provvede il Tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato”.

La nuova disciplina presenta rilevanti differenze rispetto a quella precedente:

- in primo luogo la nomina del sindaco unico è prevista come regola, sia pure derogabile dallo statuto;
- l'ambito di applicazione della nuova disciplina è chiaramente delineato venendo in considerazione i parametri fissati per la redazione del bilancio in forma abbreviata;
- la scelta ha una sua coerenza, dal momento che il legislatore ritiene sufficiente la presenza di un sindaco unico nel caso di società “di minori dimensioni”;
- vengono chiaramente individuati “la fonte” da cui desumere i parametri quantitativi ed il meccanismo di applicazione della nuova disposizione.

5. In presenza dei presupposti di legge l'assemblea nomina il sindaco unico.

Nulla è detto in ordine alla designazione di un supplente. Pare senz'altro ammissibile che la clausola che consente la nomina del sindaco unico possa prevedere anche la designazione di un supplente. Più difficile ritenere che, in caso di silenzio statutario al proposito, l'assemblea possa nominare il supplente.

In mancanza di quest'ultimo, si pongono alcuni problemi operativi nel caso in cui cessi dalla carica il sindaco unico. Dovrà ritenersi che vengano in considerazione le regole applicabili nel caso in cui il meccanismo della supplenza non possa venire in considerazione.

Ulteriore dubbio in tal caso si pone in ordine al momento di efficacia della rinuncia alla carica da parte del sindaco unico. Probabilmente l'effetto si verificherà solo al momento della nomina del nuovo sindaco.

Ovviamente non viene in considerazione la disciplina del procedimento di formazione della volontà del collegio sindacale.

RELAZIONI A CONVEGNI

COLLEGIO SINDACALE - SOCIETÀ PER AZIONI

La complessa attività di vigilanza e di controllo che compete al collegio sindacale dovrà essere esercitata dal sindaco unico.

Gli atti di ispezione e di controllo non potranno che essere esercitati individualmente, così come spetterà al sindaco unico vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Potrà ad esso essere affidata, ove consentito, la revisione legale dei conti. Ovviamente, quando si tratti di società qualificabile come ente di interesse pubblico, dovrà essere nominato un revisore o una società di revisione.

Spetteranno infine al sindaco unico i poteri di "reazione" attribuiti al collegio sindacale e quindi, in particolare, la facoltà di denuncia al Tribunale del fondato sospetto di gravi irregolarità da parte degli amministratori, nonché la promozione dell'azione sociale di responsabilità nei loro confronti.

Il sindaco unico è soggetto alla responsabilità propria dei componenti dell'organo di controllo.

6. Il sindaco unico potrà essere nominato, in presenza dei presupposti di legge, alla scadenza del collegio sindacale in carica.

RELAZIONI A CONVEGNI

CONTRATTO DI CESSIONE DI PARTECIPAZIONE SOCIALE E CLAUSOLE SUL PREZZO*

Elemento centrale del contratto di compravendita di partecipazioni sociali è il prezzo che viene corrisposto dall'acquirente al venditore. In questo articolo si esamineranno le tipologie di clausole più ricorrenti nella prassi contrattuale in materia di corrispettivo.

Bisogna peraltro evidenziare che, nelle acquisizioni di una certa importanza, solo raramente il prezzo è già determinato al momento della conclusione del contratto; più frequentemente vi è la previsione in contratto dei soli criteri che consentono la futura esatta determinazione del prezzo. In alcuni casi il pagamento del corrispettivo è parzialmente posposto ed eventuale, essendo legato - in parte - agli utili futuri della società (earn out). Nella parte finale ci occuperemo dei rimedi a disposizione dell'acquirente nel caso non sussista la consistenza patrimoniale e reddituale della società promessa dal venditore.

di VALERIO SANGIOVANNI

1. Il contratto di compravendita di partecipazioni sociali e la necessità di una clausola sul prezzo

Il contratto di cessione (detto anche, visto dalla prospettiva dell'altra parte, di acquisizione¹) di partecipazione sociale² è il contratto con il quale un primo soggetto

* Relazione, integrata con le note, presentata al corso: "L'acquisizione di partecipazioni sociali – Procedure e tecniche contrattuali nell'acquisto di quote e azioni", Altalex Formazione, Milano, 11 novembre 2011.

¹ Il contratto in esame può dunque essere indicato con almeno tre diverse espressioni, da considerarsi sostanzialmente come sinonimi. Visto dal punto di vista del venditore, si parla di "contratto di cessione" di partecipazioni societarie. Nell'ottica dell'acquirente si parla di "contratto di acquisizione" (probabilmente l'espressione più diffusa nella prassi). "Cessione" e "acquisizione" indicano lo stesso meccanismo (il trasferimento della partecipazione) visto da due prospettive diverse. Il termine più corretto per indicare il contratto di cui ci si sta occupando è allora semplicemente quello di "compravendita", laddove questa unica parola ha la capacità di esprimere insieme sia la posizione di chi vende sia quella di chi compra. Esempi di contratti di compravendita di partecipazioni sociali sono proposti da C. Di Bitonto (cessione di azioni) e da A. Angiuli (cessione di quote sociali) in AA.VV., *Contratti. Formulario commentato*, a cura di F. Macario, Milano, 2011.

² Ci si riferisce frequentemente al contratto di compravendita di partecipazioni societarie con

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

vende e un secondo soggetto compra le azioni o quote di una società³.

Assumendo che il contratto di cessione-acquisizione delle partecipazioni sia stato assoggettato dai contraenti al diritto italiano mediante inserimento di un'apposita clausola nel contratto⁴, esso va qualificato come contratto di compravendita, essendone

l'espressione inglese di "*share purchase agreement*" (ovvero, letteralmente, "contratto di acquisto di azioni"). La ragione dell'usuale ricorso a termini inglesi è il fatto che, con una certa ricorrenza nella prassi, tale contratto viene redatto in inglese. La scelta dell'inglese appare necessaria tutte le volte che una delle parti è straniera e non conosce l'italiano, mentre altre volte la necessità di utilizzare l'inglese emerge in quanto, nell'operazione, intervengono delle banche straniere in funzione di finanziatrici dell'acquirente. Sul contratto di compravendita di partecipazioni societarie cfr. AA.VV., *Le acquisizioni societarie*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2011; AA.VV., *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, a cura di U. Draetta-C. Monesi, Milano, 2007; G. De Nova, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011; L. Picone, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, Milano, 1995; A. Tina, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni azionarie*, Milano, 2007.

³ In questo articolo, per semplicità di esposizione, ci riferiremo solamente alla compravendita di partecipazioni in società di capitali non quotate (tralascieremo invece le particolarità che si presentano nelle società di persone e in quelle quotate). Basta qui segnalare che la compravendita di azioni quotate presenta caratteristiche particolari, a partire dal fatto che esiste un prezzo ufficiale degli strumenti finanziari (cui le parti possono quantomeno orientarsi), mentre per i titoli non quotati la determinazione del prezzo è rimessa totalmente alla valutazione delle parti. In materia di vendita di partecipazioni societarie v. anche i volumi di O. Cagnasso-M. Irrera, *Il trasferimento della partecipazione di controllo nelle società di capitali*, Torino, 1992; C. D'Alessandro, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003; A. Pettinari, *La cessione di quote di società commerciali*, 2^a ed., Milano, 1997. Cfr. inoltre M. Benetti, *Cessione di quote: efficacia, opponibilità ed esercizio dei diritti sociali*, in *Società*, 2008, 229 ss.; G. Carullo, *Osservazioni in tema di vendita della partecipazione sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 954 ss.; G. Festa Ferrante, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2005, II, 156 ss.; F. Fezza, *Spunti per un'indagine sulla vendita dei pacchetti azionari*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 555 ss.; F. Funari, *Cessione di quote sociali e patto di non concorrenza*, in *Società*, 2009, 967 ss.; M. Ghisalberti, *Brevi note in tema di tutela dell'acquirente di partecipazioni sociali*, in *Riv. not.*, 2000, II, 996 ss.; C. Punzi, *Le controversie relative alle cessioni e acquisizioni di partecipazioni societarie e le azioni esperibili*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 547 ss.; R. Rordorf, *Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente*, in *Foro it.*, 2000, I, 3116 ss.; V. Salafia, *Obbligo di dismissioni di partecipazioni societarie*, in *Società*, 2010, 353 s.; D. Scarpa, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 395 ss.

⁴ La questione del diritto applicabile al contratto di acquisizione non è affatto scontata nella prassi quando le operazioni coinvolgono soggetti di Paesi diversi: normalmente ciascun contraente insiste per l'applicazione del proprio diritto nazionale. Una buona regola per risolvere tale conflitto è quella di orientarsi al diritto del luogo in cui ha sede la società.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

soddisfatta la definizione legislativa quale contratto con cui si trasferisce la proprietà di una cosa verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1470 c.c.): il bene oggetto di trasferimento sono le azioni o quote della società, mentre il prezzo è il corrispettivo che viene pagato dall'acquirente. In altre parole il contratto di cessione-acquisizione è un comune contratto di compravendita caratterizzato dal fatto che il bene compravenduto è una partecipazione societaria⁵.

Il contratto di compravendita di una partecipazione societaria deve occuparsi anche del relativo prezzo⁶.

L'osservazione di fondo da cui partire è che il prezzo è frutto esclusivo delle trattative fra i contraenti. Non esiste in termini assoluti un "giusto" prezzo della partecipazione societaria, che rifletta perfettamente il suo valore⁷. Per beni scarsamente liquidi come le partecipazioni in società non quotate non esiste un vero e proprio mercato che determini - con un livello accettabile di precisione - il loro valore. In definitiva esiste solo il prezzo che le parti decidono consensualmente e concretamente di attribuire a una determinata partecipazione al momento della conclusione del contratto. Può pertanto capitare che il prezzo risulti decisamente maggiore oppure decisamente inferiore rispetto a quello che, secondo le valutazioni neutrali di un terzo, potrebbe essere ragionevolmente considerato come il suo reale valore. Vedremo poi che, proprio per questa ragione (difficoltà di identificare un prezzo "giusto" in termini assoluti della partecipazione), la giurisprudenza consente all'acquirente di ottenere l'annullamento del contratto solo in presenza di un'espressa clausola sulla consistenza patrimoniale e reddituale della società.

2. La clausola che prevede un prezzo fisso

Laddove non vi sia disponibilità di una parte a consentire l'applicazione del diritto nazionale dell'altra, si potrà superare lo stallo optando per il diritto di uno Stato terzo. Per i profili di diritto internazionale privato in materia di cessione di partecipazioni cfr. S. M. Carbone, *Conflitti di leggi e giurisdizione nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, 777 ss.

⁵ Mentre è appropriata l'espressione di "compravendita" di una partecipazione societaria, non appare invece corretta l'espressione - seppur ricorrente nella prassi - di "compravendita di una società": difatti il contratto di acquisizione non concerne la società, ma solo la partecipazione che un socio detiene nella società. Ovviamente l'acquisto della partecipazione implica, nella relativa misura percentuale, l'acquisto delle attività e passività pertinenti alla società. Corretta appare pertanto la distinzione, utilizzata dalla giurisprudenza che analizzeremo nel prosieguo, fra "oggetto immediato" dell'acquisto (la partecipazione sociale) e "oggetto mediato" dell'acquisto (le attività e le passività ascrivibili alla società).

⁶ In materia di clausole sul prezzo nella compravendita di partecipazioni societarie cfr. G. Iudica, *Il prezzo della vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, 750 ss.

⁷ G. Iudica, *op. cit.*, 750 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

A seconda dei casi il prezzo che l'acquirente si impegna a corrispondere al venditore della partecipazione societaria è già determinato nel contratto di compravendita in misura fissa oppure è solo determinabile sulla base delle formule, più o meno complesse, indicate nel contratto. Nella prima fattispecie il prezzo è semplicemente indicato nel suo valore numerico, nella seconda sono espressi i criteri che consentono di determinare il prezzo.

Il prezzo è *determinato* quando il contratto di compravendita indica esattamente la somma che l'acquirente si impegna a pagare per la partecipazione societaria (ad esempio 1.000.000 di euro). Si tratta dell'ipotesi più semplice. Si tende a utilizzare questo meccanismo quando il valore attribuito alla partecipazione non è particolarmente elevato oppure quando, al fine della determinazione del prezzo, vengono utilizzati dati di bilancio recenti, che si considerano ancora affidabili e che non si ritiene necessario rivedere. In condizioni del genere le parti reputano scarse le probabilità di una significativa variazione del valore della partecipazione fra il momento della conclusione del contratto e il perfezionamento dell'operazione. In ogni caso le parti accettano l'alea derivante dal fatto che, nelle more, vi sarà una variazione di valore della partecipazione, che potrà andare a colpire l'una oppure l'altra parte contrattuale.

Il fatto che il prezzo possa essere indicato in contratto in misura fissa non significa affatto che le parti non abbiano precedentemente riflettuto su come arrivare a determinare in quel modo il prezzo. L'attribuzione di valore a una partecipazione societaria, del resto, non è affatto facile: mentre nel caso di società quotate, vi è un parametro di riferimento (il valore delle azioni risultante dai corsi di borsa, cui bisogna peraltro generalmente aggiungere un premio di maggioranza), nell'ipotesi di società non quotate non esiste un mercato ufficiale che determini il valore delle azioni o quote. Spetta alle parti attribuire alla partecipazione il suo corretto valore.

In linea di principio si può affermare che il valore di una partecipazione esprime percentualmente il valore della società. Così se Tizio intende comprare il 20% di una società che vale 1.000.000 di euro, la partecipazione costerà 200.000 euro. Questa regola, in realtà, non può trovare applicazione sempre, poiché l'acquirente che acquista il controllo di una società paga in genere un premio di maggioranza. Nei fatti, l'acquisto di partecipazioni di minoranza in società non quotate è generalmente poco desiderabile (in quanto non consente di esercitare il controllo e di gestire, mediante amministratori da sé nominati, la società), mentre i potenziali acquirenti puntano di norma a conquistare la maggioranza. Ne consegue che i prezzi che trovano applicazione per una partecipazione di minoranza sono inferiori, seppur ragguagliati al valore percentuale della partecipazione, ai prezzi che vengono chiesti per partecipazioni di maggioranza. Mentre ad esempio per il 30% di una società che vale 1.000.000 di euro il prezzo potrà essere effettivamente di 300.000 euro, il prezzo per il 60% della medesima società non sarà di 600.000 euro, ma di una cifra superiore che riflette il beneficio dell'acquisto del controllo.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

Sotto un primo profilo, il criterio fondamentale per la determinazione del prezzo di una partecipazione che viene utilizzato nella prassi è costituito - praticamente quasi sempre - dal valore del patrimonio netto della società, che consiste nella differenza fra l'attivo e il passivo dello stato patrimoniale (le voci che compongono lo stato patrimoniale sono indicate nell'art. 2424 c.c.).

Da un secondo punto di vista, bisogna però evidenziare che difficilmente l'acquirente riuscirà a limitarsi a pagare *pro quota* il patrimonio netto della società: il venditore esige difatti di norma un'ulteriore somma quale corrispettivo per il fatto che l'acquisto della partecipazione consentirà al compratore di percepire in futuro gli utili realizzati dalla società. Tipicamente tale ulteriore somma dovuta a titolo di prezzo si calcola come un multiplo degli utili prodotti dalla società-bersaglio nell'ultimo esercizio. È possibile, peraltro, che si utilizzi come parametro di riferimento non tanto l'utile dell'ultimo esercizio, quanto piuttosto la media degli utili conseguiti in un periodo più lungo (ad esempio due oppure tre anni) precedente l'acquisizione.

Sotto un terzo profilo, si è già sottolineato come generalmente chi acquista una partecipazione in una società non quotata mira a ottenere il controllo della società. Capita certamente che vengano acquistate partecipazioni di minoranza, ma tale scelta risulta meno frequente. Il venditore di un pacchetto di maggioranza tende a pretendere una somma aggiuntiva (rispetto al patrimonio netto e a un multiplo degli utili) a titolo di "premio di maggioranza", in quanto le azioni o quote che cede consentono poi all'acquirente di gestire in autonomia la società.

Il patrimonio netto della società e gli utili risultano dall'ultimo bilancio della società. È pertanto usuale allegare il bilancio al contratto di acquisizione. Quando è breve l'arco di tempo intercorrente fra l'ultimo bilancio disponibile (ad esempio i dati di bilancio si riferiscono alla situazione della società al 31 dicembre 2011) e il perfezionamento dell'operazione (per esempio il *closing* avviene il 15 gennaio 2012 e i dati di bilancio al 31 dicembre 2011 sono già disponibili⁸), le parti possono fare affidamento su tali dati - sulla base dell'assunto che in poco tempo non potranno verificarsi modifiche importanti - e non prevedere meccanismi di successivo aggiustamento del prezzo. Altrimenti sarà necessario procedere alla redazione di bilanci intermedi, che fotografino la situazione della società alla data del *closing*⁹. I bilanci

⁸ Bisogna peraltro rilevare che in un primo momento i dati di bilancio sono disponibili solo in bozza, nel senso che il bilancio è stato predisposto dagli amministratori (art. 2423 comma 1 c.c.), ma non è ancora stato approvato dall'assemblea (art. 2364 comma 1 c.c.). Ciò nonostante l'acquirente potrebbe fare affidamento sui bilanci provvisori, senza esigere la predisposizione di appositi bilanci intermedi da parte di revisori: dipende dalla fiducia che nutre nei confronti del venditore, dalla complessità che intende dare all'operazione e dall'ammontare dei valori economici in gioco.

⁹ Si immagini che l'ultimo bilancio disponibile sia quello al 31 dicembre 2011 e il perfezionamento dell'operazione abbia luogo il 30 settembre 2012: i dati risalenti a nove mesi

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

intermedi appositamente predisposti costituiranno la base per la determinazione del prezzo finale della partecipazione. La predisposizione di bilanci intermedi presenta peraltro lo svantaggio che si deve procedere alla nomina di esperti, di norma revisori¹⁰, che dovranno essere pagati e - se i valori in gioco non sono particolarmente elevati - le parti vi rinunceranno anche per questo motivo attinente alla proporzionalità fra costi e benefici.

Bisogna evidenziare che la mera indicazione del prezzo nel contratto di acquisizione (clausola del genere: “il prezzo convenuto fra le parti per l’acquisto della partecipazione ammonta a 1.000.000 di euro”) non offre all’acquirente sufficiente tutela. Tale pattuizione non specifica difatti come si sia giunti a determinare il prezzo. Eventuali successive contestazioni dell’acquirente rischiano pertanto di non avere successo, in quanto il compratore avrebbe difficoltà a spiegare per quali ragioni obiettive e provabili reputi il prezzo come non conforme al valore assunto della partecipazione.

Rispetto alla mera indicazione secca del prezzo nel contratto di acquisizione, a tutela dell’acquirente è certamente preferibile indicare in contratto i criteri che hanno consentito di arrivare a indicare un prezzo piuttosto che un altro¹¹. La clausola potrebbe ad esempio essere espressa nel modo che segue: “il prezzo convenuto fra le parti per l’acquisto della partecipazione ammonta a 1.000.000 di euro e si compone della somma del patrimonio netto della società (800.000 euro) e del doppio degli utili realizzati nell’ultimo esercizio (100.000 euro)”. Questa indicazione, esplicitando i calcoli sottostanti che hanno condotto a una certa quantificazione del prezzo, consente al compratore di avvalersi dei rimedi che l’ordinamento gli riconosce. Ciò vale in particolare quando il contratto di acquisizione prevede un’espressa garanzia sui dati di bilancio posti a fondamento dei calcoli per la determinazione del prezzo. In questo caso

prima potrebbero essere reputati ormai poco realistici dall’acquirente (ciò avverrà soprattutto nei casi in cui vi siano state recentemente oscillazioni dei mercati tali da influire significativamente sulla valutazione della partecipazione).

¹⁰ È appena il caso di ricordare che i revisori svolgono un incarico professionale e, in caso di errori, possono rispondere civilmente. Fra i contributi in materia di responsabilità dei revisori cfr. G. Alpa, *Nuovi profili della responsabilità delle società di revisione*, in *Econ. dir. terz.*, 2007, II, 683 ss.; S. Ciriello, *Le criticità nel sistema della responsabilità del revisore*, in *Corr. trib.*, 2011, 53 ss.; S. Comellini, *Responsabilità e sanzioni nella revisione contabile*, in *Corr. trib.*, 2010, 2039 ss.; M. Conte, *Responsabilità della società di revisione in caso di revisione volontaria nell’ambito di una due diligence*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 439 ss.; M. Franzoni, *Responsabilità delle società di revisione*, in *Danno resp.*, 2002, 110 ss.; M. Rondinelli, *Per un ripensamento della responsabilità civile dei revisori*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 629 ss.; G. Verna, *La responsabilità dei sindaci e dei revisori contabili*, in *Società*, 2010, 47 ss.

¹¹ Cfr. L. Picone-P. Belloni, *Clausole di determinazione e aggiustamento del prezzo*, in AA.VV., *I contratti*, cit., 425.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

il rimedio a disposizione dell'acquirente consiste essenzialmente nella possibilità di ottenere il risarcimento del danno (equivalente, dal punto di vista economico, a una riduzione *ex post* del prezzo). Se, ad esempio, risulta che gli utili assunti come base per la determinazione del prezzo non sussistono realmente, il compratore potrà agire in giudizio nei confronti del venditore – che abbia concesso espressa garanzia al riguardo – per ottenere di essere risarcito.

Le parti potrebbero peraltro essere d'accordo nel non voler rimettere in discussione i termini economici dell'operazione di acquisizione. A tal fine possono essere previste apposite clausole che garantiscono la stabilità della compravendita. Ad esempio, la pattuizione che indica il prezzo fisso da corrispondersi può essere accompagnata da un'ulteriore pattuizione in cui si specifica che tale prezzo non sarà soggetto ad alcun aggiustamento, modifica o revisione. In questo modo si esclude in particolare la possibilità per l'acquirente di chiedere la riduzione del prezzo.

3. La clausola che prevede un prezzo determinabile

Con una certa frequenza, nella prassi delle acquisizioni, il prezzo non è determinato, ma è solo *determinabile*. Il contratto di compravendita prevede i criteri che consentono di determinare in un momento successivo, generalmente avvalendosi dell'opera di revisori, il prezzo finale e vincolante della partecipazione sociale.

Le clausole del contratto di compravendita di partecipazioni con prezzo determinabile possono essere strutturate in diversi modi. Oltre ai criteri per la determinazione del prezzo, è possibile prevedere anche un prezzo minimo e un prezzo massimo provvisori, nell'interesse rispettivamente del venditore e dell'acquirente: ad esempio la clausola potrà essere formulata nel senso che “il prezzo per la compravendita della partecipazione sociale non potrà, in nessun caso, essere inferiore a 800.000 euro né essere superiore a 1.200.000 euro”. Contestualmente viene prevista una risoluzione automatica del contratto (oppure una risoluzione attivabile dalla parte interessata), che evita di dover presentarsi davanti al notaio per il perfezionamento dell'operazione, laddove il prezzo non si mantenga entro i margini indicati. Nel caso in cui il prezzo finale viene accertato dai revisori come inferiore alla soglia minima, si tutela il venditore, il quale può ritirarsi dall'operazione e non si vede costretto a cedere la partecipazione guadagnando poco; viceversa se il prezzo finale viene accertato come superiore alla soglia massima, sarà l'acquirente a potersi rifiutare di procedere all'acquisto, senza dover affrontare una spesa eccessiva.

L'esigenza di ricorrere a clausole per le quali il prezzo è solo determinabile deriva principalmente dal fatto che, fra il momento della conclusione del contratto preliminare¹² e del definitivo (momento in cui l'acquirente pagherà il prezzo), passa un

¹² Secondo G. Iudica, *op. cit.*, 762 s., il contratto di compravendita delle partecipazioni sociali si configura come contratto quadro. Tale contratto quadro sarebbe un vero e proprio contratto

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

certo periodo di tempo. L'operazione è generalmente strutturata nel modo che segue: i contraenti sottoscrivono, senza intervento del notaio, un primo contratto (contratto preliminare) con il quale si accordano sul trasferimento delle partecipazioni. Quando si saranno verificate le condizioni indicate in contratto, le parti appariranno davanti al notaio, il quale redigerà l'atto di trasferimento delle partecipazioni (contratto definitivo). Il prezzo viene pagato all'atto definitivo.

Il contratto preliminare di acquisizione non produce l'immediato effetto di trasferimento della titolarità delle partecipazioni, avendo effetti meramente obbligatori: con tale contratto le parti si obbligano, al ricorrere di determinate condizioni, a concludere – in un momento futuro - il contratto di trasferimento delle partecipazioni. La necessità di separare i due momenti nasce dal fatto che normalmente occorre un certo tempo intermedio per porre in essere tutti gli adempimenti necessari alla realizzazione dell'operazione. Il principale motivo per la separazione dei due passaggi è generalmente l'attesa del via-libera delle autorità *antitrust*. Alla sottoscrizione del contratto ci si riferisce usualmente con l'espressione inglese di "*signing*" (sottoscrizione), mentre al momento di perfezionamento del contratto di trasferimento delle partecipazioni ci si riferisce con l'espressione di "*closing*" (perfezionamento o chiusura dell'operazione). Fra la conclusione del contratto di acquisizione e l'atto notarile possono passare anche alcuni mesi.

Nel periodo intercorrente fra *signing* e *closing*, la situazione finanziaria e patrimoniale della società può mutare e ciò può comportare una variazione del prezzo rispetto a quello che sarebbe stato altrimenti originariamente dovuto. Il contratto di acquisizione contiene allora dei meccanismi che consentono di determinare quello che dovrà essere il prezzo al momento del perfezionamento del contratto.

Nel caso non si possa fare affidamento sui bilanci già predisposti dalla società (in quanto ormai troppo datati), è necessario predisporre dei bilanci intermedi. Il bilancio intermedio deve rappresentare fedelmente la situazione finanziaria e patrimoniale della società al momento del perfezionamento dell'operazione. Il problema ulteriore è che la reale situazione della società al *closing* può essere accertata solo a una certa distanza di tempo dal *closing* medesimo, dal momento che i revisori devono avere il tempo tecnico per procedere alle necessarie verifiche. Le parti devono dunque, tenendo conto della necessità di porre in essere queste procedure, concordare il momento in cui il prezzo dovrà essere corrisposto¹³. Una possibilità, radicale, è quella di rinviare tutto il pagamento del prezzo a un momento successivo al perfezionamento del trasferimento dei titoli. Questa opzione non incontra però generalmente i favori del venditore, che può temere che – perfezionatosi il trasferimento - il prezzo non gli venga corrisposto. Una soluzione più equilibrata è quella che prevede all'atto notarile il

definitivo e non un semplice preliminare.

¹³ L. Picone-P. Belloni, *op. cit.*, 428.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

pagamento di un prezzo provvisorio, che sarà poi rettificato (aumentato o diminuito) all'esito delle verifiche effettuate dai revisori.

Quando si concorda la predisposizione di bilanci intermedi, i contraenti fanno bene a pattuire nel contratto di compravendita alcune ulteriori particolarità, finalizzate a evitare che sorgano successivamente contestazioni fra le parti. Si dovrà in particolare determinare chi procederà alla predisposizione di tali bilanci, quali criteri di valutazione dovranno essere seguiti e chi pagherà i costi di predisposizione. Non è difatti convincente affermare che si applicano le disposizioni di legge che regolano tali materie durante la vita ordinaria della società. Ad esempio il venditore non potrà certo argomentare nel senso che, siccome di norma il bilancio è predisposto dagli amministratori (art. 2423 comma 1 c.c.), spetterà a questi provvedervi. Probabilmente l'acquirente non sarà d'accordo per una clausola formulata in questo modo, non fidandosi dei gestori della società, che – nominati dagli attuali soci (e in procinto verosimilmente di essere sostituiti all'esito dell'operazione di acquisizione) - hanno probabilmente un interesse in conflitto in quello del compratore, volendo massimizzare il valore della partecipazione nell'interesse dei soci che li hanno nominati. È insomma necessario che il contratto di acquisizione disciplini dettagliatamente tutti gli aspetti relativi all'appropriata valutazione della società.

Con riferimento al soggetto che assume l'incarico di predisporre i bilanci intermedi nel contesto delle acquisizioni societarie, non esistono regole assolute, sempre vevolevoli: spetta alle parti del contratto trovare un accordo in merito. Talvolta il compito viene affidato al venditore (con diritto, però, della controparte di verificare la loro predisposizione). Questa opzione è preferibile per il fatto che il venditore è attualmente socio della società e ne conosce le caratteristiche certamente meglio dell'acquirente. Proprio per questa ragione è più raro che la funzione di predisporre i bilanci intermedi venga affidata all'acquirente. Il compratore potrebbe però diffidare del venditore e insistere per l'affidamento di tale incarico a soggetti esterni alla società. In questo caso vengono nominati dei revisori cui viene affidato il compito di predisporre, con riferimento a una certa data (che è quella del perfezionamento dell'operazione davanti al notaio), bilanci intermedi, da utilizzarsi al fine della determinazione del prezzo finale di compravendita. Il contratto di compravendita dovrebbe opportunamente prevedere che il venditore deve mettere a disposizione dei revisori tutta la documentazione richiesta¹⁴. Altrimenti il cedente potrebbe, in ipotesi, trattenere informazioni che hanno un'influenza negativa sulla valutazione della partecipazione, con l'effetto che le azioni o quote vengono erroneamente sopravvalutate dai revisori, a danno dell'acquirente.

Con riguardo ai criteri di predisposizione dei bilanci intermedi, è di fondamentale importanza che il contratto di compravendita li indichi. A seconda dei

¹⁴ F. Bonelli, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 303.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

criteri di valutazione che si utilizzano, i dati di bilancio possono subire significative alterazioni e ciò finisce con l'incidere sul prezzo di acquisto. È usuale che le parti concordino che i bilanci intermedi debbano essere predisposti sulla base dei medesimi criteri che sono stati utilizzati per la predisposizione dell'ultimo bilancio della società. In questo modo si assicura la continuità fra gli ultimi dati di bilancio disponibili (già predisposti) e quelli intermedi (da predisporre).

Anche sotto il profilo dei costi per la predisposizione di bilanci intermedi non vi sono prassi uniformi: tutto è lasciato agli accordi fra i contraenti. In alcuni casi le parti concordano una divisione dei costi, sulla base dell'assunto che gli accertamenti effettuati dai revisori – nel consentire la corretta valutazione della partecipazione – vanno a beneficio sia del venditore sia dell'acquirente. In altre ipotesi le relative spese verranno addebitate al compratore, argomentando nel senso che tutti i costi connessi all'acquisto della partecipazione devono fare carico all'acquirente.

4. Pattuizione di una parte di prezzo eventuale (clausole di *earn out*)

Talvolta l'operazione di acquisizione della partecipazione societaria è strutturata nel senso che l'acquirente paga una prima parte del prezzo al momento del trasferimento della partecipazione, mentre il pagamento di una seconda parte del prezzo deve considerarsi eventuale e posticipato in uno o più momenti futuri. In particolare il pagamento di una parte del prezzo può essere sottoposta a condizione, cioè al verificarsi di un evento futuro e incerto.

Astrattamente sono diverse le fattispecie relativamente alle quali può essere pattuita la corresponsione di un prezzo aggiuntivo eventuale. Si può pensare al caso di un importante contenzioso di cui è parte la società le cui partecipazioni vengono vendute. Se la società è attrice in giudizio, il venditore si potrebbe riservare il diritto di ottenere a titolo di prezzo la somma (o parte di essa) che dovesse venire corrisposta dalla controparte perdente in giudizio.

Nella prassi la clausola più ricorrente, per effetto della quale il pagamento di parte del prezzo è eventuale e posticipato, è la clausola c.d. di *earn out*¹⁵. Con questa pattuizione l'acquirente si impegna a riconoscere un'addizione di prezzo al venditore nel caso in cui la società produca determinati utili entro un certo lasso di tempo. Si è visto sopra come generalmente, nella determinazione del prezzo di una partecipazione, si tenga conto di quelli che sono stati gli utili dell'ultimo esercizio (o la media degli utili degli ultimi due-tre esercizi). In genere si assume che tali utili verranno mantenuti anche successivamente all'acquisizione, almeno per un certo periodo. Vi sono tuttavia casi in

¹⁵ Sulle clausole di *earn out* cfr. S. Cervelli, *La cessione di azioni o di quote e le clausole di earn-out*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 447 ss.; S. Crosio-C. Gregori, *Acquisizione di società ad elevato contenuto tecnologico: clausole di earn-out e dichiarazioni e garanzie del venditore*, in *Contr. impr.*, 2000, 1109 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

cui gli utili futuri potrebbero essere decisamente inferiori o decisamente superiori a quelli degli ultimi esercizi. In queste ipotesi i contraenti potrebbero avere difficoltà a raggiungere un accordo preventivo sul prezzo, dovendo riuscire a prevedere in anticipo con ragionevole certezza – ma è pressoché impossibile – il futuro andamento della società. Per risolvere questo problema le parti possono concordare che una parte del prezzo verrà pagata in futuro se e quando verranno realizzati utili.

Ambedue i contraenti possono trarre vantaggio, almeno sotto alcuni aspetti, dalla presenza nel contratto di compravendita di una clausola di *earn out*. Bisogna riflettere sul fatto che tale pattuizione significa non solo che una parte del prezzo è eventuale, ma anche che il suo pagamento è ritardato nel tempo. In altre parole l'onere finanziario immediato per l'acquirente è minore e questi potrebbe, per tale via, riuscire a fare a meno di un finanziamento bancario altrimenti necessario. Il venditore che pattuisce una clausola di *earn out* ha dunque maggiore facilità a vendere subito sul mercato la sua partecipazione, in quanto il prezzo pagato al momento del perfezionamento dell'operazione è più basso di quello che sarebbe altrimenti immediatamente dovuto, facendo il venditore affidamento su una futura integrazione di prezzo. Il venditore, con la clausola di *earn out*, non rinuncia a una possibile integrazione del prezzo in un momento successivo (purché gli utili futuri della società siano buoni). Nell'ipotesi in cui vi siano più potenziali acquirenti della partecipazione, probabilmente il venditore riuscirà a spuntare un pagamento immediato del prezzo, senza necessità di ricorrere a clausole di *earn out*, dando la preferenza al compratore che è disposto a pagare immediatamente l'intero prezzo richiesto. Tuttavia, non sempre il cedente gode di più potenziali offerte e il fatto di posporre parte del pagamento del prezzo può facilitare la cessione delle azioni o quote.

In presenza di una clausola di *earn out*, l'acquirente - dal canto suo - non si vede costretto a pagare subito un prezzo elevato, che potrebbe andare oltre le sue capacità finanziarie e che gli potrebbe imporre di ottenere un finanziamento bancario. Il venditore non dovrebbe in linea di principio dubitare del fatto che riuscirà a ottenere un'addizione di prezzo successivamente al perfezionamento dell'operazione, in quanto il compratore ha tutto l'interesse a massimizzare i risultati del suo investimento, mirando al conseguimento degli utili più elevati possibili. Bisogna tuttavia considerare che l'acquirente potrebbe cercare dopo l'acquisizione, con artifici contabili, di far risultare un utile particolarmente basso, al fine di ridurre la quota parte che è tenuto a cedere al venditore.

La redazione delle clausole di *earn out* si rivela di solito piuttosto complessa, vuoi per il loro carattere tecnico (normalmente è necessario l'ausilio di commercialisti e/o revisori, non bastando l'opera degli avvocati che assistono le parti) vuoi per l'esigenza di contemperare gli interessi dei contraenti. Bisogna anzitutto che il contratto di compravendita indichi chiaramente quali sono i criteri per misurare gli utili della società e come questi debbano essere distribuiti fra le parti. Una possibile clausola

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

prevede che una percentuale degli utili (ad esempio il 20%) debba essere retrocessa al venditore. Un'altra possibile pattuizione prevede che una certa percentuale debba essere retrocessa a condizione che gli utili superino una certa soglia (per esempio il 20% degli utili, solo però per la parte in cui superino i 100.000 euro).

Inoltre dove essere necessariamente indicato nel contratto di compravendita il lasso di tempo durante il quale il venditore ha diritto a percepire una parte degli utili della società: normalmente si tratterà di un periodo limitato, ad esempio due o tre anni. Per tale lasso di tempo è probabile che il venditore voglia avere il diritto di amministrare la società (o quantomeno di controllare una qualche forma di controllo), pur non essendone più socio. Nasce dunque l'esigenza di prevedere nel contratto di acquisizione delle clausole che disciplinino tale attività di amministrazione e controllo in comune. Il conflitto d'interessi principale fra le parti risiede nel fatto che il venditore – al contrario dell'acquirente - vuole massimizzare nel breve periodo (i due-tre anni in cui ha diritto agli utili) gli utili della società, al fine di ottenere in definitiva un prezzo di vendita sostanzialmente maggiore rispetto a quello già percepito in sede di *closing*¹⁶. Al contrario l'acquirente ha tendenziale interesse a posporre gli utili, vuoi per ragioni industriali (facendo investimenti si assicura utili maggiori nel lungo periodo) vuoi per non dover cedere parte di tali utili al venditore.

5. Il momento del pagamento e l'aggiustamento del prezzo

Il prezzo dovuto per l'acquisto della partecipazione sociale può essere pagato in occasione della sottoscrizione del contratto di compravendita, in occasione dell'atto notarile oppure anche in un momento successivo. È invece alquanto improbabile che l'acquirente sia disponibile a pagare il prezzo prima della sottoscrizione del contratto, non essendoci – in questo caso – alcun documento ufficiale che giustifichi tale trasferimento di risorse. Può tuttavia capitare che una piccola parte del prezzo venga pagata ancora prima della firma del contratto, a significare la serietà dell'interesse dell'acquirente.

In relazione al momento del pagamento del prezzo sussiste, all'evidenza, un tendenziale conflitto fra la posizione del venditore e quella dell'acquirente: il primo vuole ottenere il pagamento appena possibile (e in ogni caso non più tardi del perfezionamento del trasferimento della partecipazione); al contrario l'acquirente tenderà a posporre il momento in cui paga tutto il prezzo o parte di esso.

Bisogna anzitutto rilevare che il pagamento del prezzo già al momento della sottoscrizione del contratto di acquisizione non è usuale nella prassi (anche se talvolta si assiste al pagamento di un anticipo). Normalmente il prezzo viene invece pagato contestualmente all'atto notarile di trasferimento della partecipazione.

Alcune volte però parte del prezzo viene corrisposto in un momento successivo.

¹⁶ L. Picone-P. Belloni, *op. cit.*, 429.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

Abbiamo già visto sopra il caso delle clausole di *earn out*, in cui il pagamento di parte del prezzo è futuro (oltre che eventuale). Altre volte il pagamento di parte del prezzo è successivo al perfezionamento dell'operazione in quanto i contraenti non sono ancora in grado, al momento del *closing*, di accertare quale sia la somma esatta dovuta. Il contratto può difatti prevedere dei meccanismi che consentono di aggiustare il prezzo successivamente al perfezionamento dell'operazione: al momento del *closing* viene pagato un certo prezzo, ma le parti concordano che tale prezzo potrà essere – successivamente - modificato.

La necessità di un aggiustamento del prezzo sorge quando i contraenti, al momento dell'atto di trasferimento della partecipazione, non hanno ancora determinato con certezza il suo valore. Le parti di norma incaricano un revisore di accertare il valore esatto della società (e, *pro quota*, della partecipazione da compravendersi) e, all'esito di tale accertamento, il prezzo dovrà essere rettificato (diminuito o maggiorato rispetto al prezzo provvisorio). Dal momento che la cessione della partecipazione avviene con l'atto notarile, idealmente la situazione della società va “fotografata” con riferimento a tale momento. Il punto è che, come si accennava, bilanci intermedi aggiornati alla data del *closing* potranno essere disponibili solo successivamente, quando gli esperti incaricati avranno avuto il tempo tecnico necessario per predisporli. Decorsi pertanto alcuni giorni oppure alcune settimane dal perfezionamento dell'atto, i revisori comunicheranno alle parti il reale valore della partecipazione, con l'effetto che il prezzo verrà rettificato in modo corrispondente¹⁷.

6. Le garanzie patrimoniali e reddituali nel contratto di acquisizione

L'acquisto di una partecipazione sociale è normalmente preceduta da un'attività di *due diligence*, posta in essere dall'acquirente che – prima di comprare – vuole sapere

¹⁷ Astrattamente l'accertamento del valore della partecipazione societaria al *closing* potrebbe essere affidato a uno dei due contraenti. Il venditore conosce bene la società e ha concorso ad approvare i precedenti bilanci; tuttavia è svantaggiato poiché, con il perfezionamento dell'operazione, non ha più accesso alla documentazione sociale. Si può naturalmente concordare un accesso alla documentazione anche dopo il perfezionamento dell'acquisizione, ma l'acquirente potrebbe non gradire questa soluzione. Dal canto suo il compratore potrebbe voler svolgere personalmente l'attività di verifica della situazione della società; tuttavia ha appena preso possesso di un'attività imprenditoriale fino ad allora poco conosciuta e potrebbe avere difficoltà a effettuare bene le dovute verifiche nei brevi tempi a disposizione per una procedura di aggiustamento del prezzo. Poiché talvolta non è possibile raggiungere un accordo in merito a chi debba effettuare tali verifiche, a causa della diffidenza reciproca delle parti, si può incaricare subito un soggetto terzo. Una clausola più sfumata prevede l'affidamento dell'incarico a uno dei contraenti, con diritto dell'altra di effettuare tutti i dovuti controlli, e con rimessione a un terzo della decisione finale in caso di contrasti.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

con esattezza quali sono le caratteristiche della società-bersaglio¹⁸. Grazie alla verifica effettuata durante la *due diligence*, l'acquirente viene a conoscenza delle caratteristiche fondamentali della società di cui vuole acquisire una partecipazione, comprese le criticità che la riguardano: ciò gli consente di determinare (e concordare con la controparte) il "giusto" prezzo.

Con il contratto di acquisizione l'acquirente cerca inoltre di assicurarsi contro i rischi conseguenti all'acquisto della partecipazione. A tal fine vengono inserite nel contratto delle apposite garanzie¹⁹. In caso di loro violazione, l'acquirente è legittimato a chiedere il risarcimento del danno conseguente. Dal punto di vista economico un risarcimento del danno pagato dal venditore al compratore dopo il perfezionamento dell'operazione di acquisizione equivale a una successiva riduzione del prezzo di acquisto. Si immagini che il prezzo di acquisto sia stato pattuito in 1.000.000 di euro, ma – poco dopo il *closing* – l'acquirente attivi una garanzia e ottenga 100.000 euro di risarcimento dal venditore: si può affermare, in una prospettiva economica, che il reale prezzo pagato sia stato di 900.000 euro. Giuridicamente i titoli dei versamenti sono diversi (il primo è pagamento del prezzo, il secondo è risarcimento del danno), ma -

¹⁸ In materia di *due diligence* cfr. G. Alpa-A. Saccomani, *Procedure negoziali, due diligence e memorandum informativi*, in *Contratti*, 2007, 267 ss.; L. Bragoli, *La due diligence legale nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, in *Contratti*, 2007, 1125 ss.; A. Camagni, *La due diligence nelle operazioni di acquisizione e valutazione di aziende*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 191 ss.; C. F. Giampaolino, *Ruolo della Due Diligence e onere di informarsi*, in *AIDA*, 2009, 29 ss.; L. Picone, *Trattative, due diligence ed obblighi informativi delle società quotate*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 234 ss.; V. Sangiovanni, *Due diligence, trattative e fattispecie di responsabilità civile*, in corso di pubblicazione in *Danno resp.*, 2011; A. Stesuri, *Profili fiscali della "due diligence"*, in *Corr. trib.*, 2000, 2494 ss.

¹⁹ Sul tema delle garanzie nella compravendita di partecipazioni sociali cfr. G. Iorio, *Struttura e funzione della clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006; D. Proverbio, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2000; M. Speranzin, *Vendita della partecipazione di controllo e garanzie contrattuali*, Milano, 2006. V. inoltre G. M. Banna, *Cessione di quote sociali e "garanzie" del cedente*, in *Giur. comm.*, 1999, II, 684 ss.; U. Camevali, *Compravendita di quote sociali, mancanza di qualità e aliud pro alio*, in *Contratti*, 2004, 691 ss.; P. Casella, *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore*, in AA.VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990, 131 ss.; C. D'Alessandro, *Vendita di partecipazioni sociali e promessa di qualità*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1071 ss.; P. Di Maria, *Rimedi e garanzie a tutela dell'acquirente di partecipazioni in società di capitali*, in *Notariato*, 1999, 461 ss.; A. Fusi, *La vendita di partecipazioni sociali e la mancanza di qualità*, in *Società*, 2010, 1203 ss.; A. Pedersoli, *Le garanzie fiscali, previdenziali ed ecologiche*, in AA.VV., *Acquisizioni*, cit., 147 ss.; L. Renna, *Note su un tema dibattuto: la vendita di azioni o quote di società e le garanzie dell'alienante*, in *Giur. it.*, 2008, 365 ss.; A. P. Scarso, *La vendita non garantita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 123 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

sotto il profilo economico – il risarcimento altro non è che una riduzione del prezzo. Bisogna dire che il venditore non desidera certo che l'acquirente possa, successivamente al perfezionamento dell'acquisizione, attivare garanzie che gli permettano di conseguire un risarcimento del danno. Questo vale, in particolare, quando il compratore ha avuto l'opportunità di esaminare attentamente la società e ha scoperto in anticipo le sue criticità, tenendone conto ai fini della determinazione del prezzo. Tuttavia l'acquirente insisterà comunque per l'inserimento in contratto di apposite garanzie, in quanto i rischi connessi con la partecipazione acquisita (più specificamente: connessi con le attività e le passività sottostanti alla partecipazione acquisita) possono essere elevati e - per quanto il compratore abbia posto in essere delle verifiche preliminari - non può essere escluso con certezza il verificarsi di danni in capo all'acquirente.

Fatta questa breve premessa sulla funzione delle garanzie contrattuali, si può evidenziare – per i fini che qui interessano – che fra le garanzie più comuni nei contratti di acquisizione delle partecipazioni societarie si annoverano quelle “patrimoniali”: il contratto contiene una clausola in cui si afferma che il patrimonio netto della società ammonta a una certa cifra (oppure la clausola viene formulata nel senso che il patrimonio netto non è inferiore a una certa cifra)²⁰. A fianco della garanzia sulla consistenza patrimoniale è usuale la presenza di una garanzia “reddituale”: con questa clausola il venditore assicura all'acquirente che sono stati effettivamente realizzati in passato certi utili²¹. Le garanzie patrimoniali e quelle reddituali sono strettamente connesse al procedimento di determinazione del prezzo di acquisto della società, in quanto – come si è visto - normalmente il prezzo viene calcolato come somma del patrimonio netto della società e di un multiplo degli utili. Ecco allora che avere una garanzia per l'acquirente su tali dati è di fondamentale importanza, per non correre il rischio di pagare un prezzo sproportionato rispetto al valore assunto della società (garanzia patrimoniale) e alla sua capacità assunta di produrre utili (garanzia reddituale).

Al fine di evitare controversie fra le parti, è importante che il contratto di

²⁰ Sulla garanzie di bilancio nei contratti di acquisizione cfr. R. Pistorelli, *Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*, in AA.VV. *Acquisizioni*, cit., 157 ss.

²¹ Le garanzie reddituali concernono peraltro solo gli utili passati. Al contrario è improbabile che il venditore sia disponibile a offrire garanzie relativamente alla produzione di utili in futuro. Bisogna difatti tenere conto che, una volta perfezionata la cessione della partecipazione, è l'acquirente ad acquisire il controllo della società e a gestirla. Il venditore dovrebbe dunque garantire una circostanza il cui realizzarsi dipende certamente più dal fatto del terzo che dal proprio. Più frequenti sono invece, come si è visto, le clausole di *earn out*. Il vantaggio di queste pattuizioni è che esse non rappresentano una garanzia fornita dal venditore all'acquirente, caso in cui – a fronte di violazioni – il compratore potrebbe pretendere il risarcimento del danno. Al contrario le clausole di *earn out* non implicano alcun obbligo di garanzia in capo al venditore: esse gli consentono solo, se vi sono utili, di ottenerne una parte.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

acquisizione sia preciso nell'indicare quale sia la data che deve rilevare al fine dell'accertamento della consistenza patrimoniale e della redditività (si tratta della data del bilancio di riferimento oppure della data del perfezionamento dell'operazione), quale sia la composizione del patrimonio netto cui le parti attribuiscono pattiziamente rilevanza e quali siano i criteri contabili che hanno condotto a quantificare in un certo modo patrimonio e reddito²².

È certamente preferibile per l'acquirente che le affermazioni contenute nel contratto di acquisizione in merito a patrimonio e reddito abbiano una base documentale. Di conseguenza al contratto viene generalmente allegato l'ultimo bilancio della società (oppure viene allegato il bilancio intermedio, predisposto appositamente al fine dell'acquisizione) e il venditore garantisce che il bilancio allegato dà una corretta rappresentazione della situazione finanziaria e patrimoniale della società, assumendosi l'obbligo di risarcire il danno in caso di difformità fra le risultanze di bilancio e la realtà delle cose.

Per l'acquirente è di fondamentale importanza assicurarsi che il contratto di acquisizione contenga apposite garanzie sulla consistenza patrimoniale e reddituale della società. Bisogna difatti rilevare che la giurisprudenza in materia, in assenza di espresse clausole sul punto, tende a negare possibili rimedi in capo al compratore. Il ragionamento sottostante è che l'acquisto di una partecipazione non è (almeno direttamente) acquisto dei beni che fanno capo alla società, ma – appunto – solo acquisto dalla partecipazione. È vero che, nell'acquistare una partecipazione, il compratore acquista una parte della società e - per tale via - diventa titolare *pro quota* delle relative attività e passività. Ciò però avviene in modo solo indiretto (mediante la società-persona giuridica). Ne consegue che, in assenza di una clausola che concerne specificamente la consistenza patrimoniale della società, l'acquirente – laddove risulti che il prezzo pagato è eccessivo rispetto alle sue aspettative – non potrà attivare alcun rimedio. Secondo l'orientamento della giurisprudenza l'acquirente, in assenza di una pattuizione espressa sul punto, non dispone di particolari rimedi nel caso reputi - successivamente al perfezionamento dell'operazione - il prezzo come incongruo; tutele gli possono essere riconosciute solo in presenza di una clausola espressa sulla consistenza patrimoniale della società. Questo orientamento giurisprudenziale impone all'acquirente avveduto l'inserimento in contratto di garanzie espresse.

L'evoluzione della tecnica contrattuale nella predisposizione dei contratti di acquisizione mostra una progressiva consapevolezza dei compratori in merito alla necessità di tutelarsi con apposite garanzie²³. Fin verso gli anni '60, i contratti tendevano a essere scarni e non contenevano particolari clausole sulla consistenza patrimoniale. Negli anni '70 e '80 i contratti di acquisizione hanno iniziato a divenire

²² V. F. Bonelli, *op. cit.*, 302 s.

²³ Cfr. l'analisi di F. Bonelli, *op. cit.*, 294 s.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

più complessi, ispirandosi anche agli orientamenti anglosassoni, e prevedevano usualmente garanzie anche sulla consistenza patrimoniale. Nel corso dei successivi anni tali clausole sono state progressivamente affinate, raggiungendo talvolta alti livelli di sofisticatezza. Oggi è raro che un contratto di acquisizione - perlomeno quando i contraenti ricevono appropriata assistenza legale da parte di avvocati - non contenga precise clausole in materia di consistenza patrimoniale e reddituale, con indicazione dei rimedi a disposizione dell'acquirente nel caso in cui tale consistenza risulti inferiore a quella promessa.

7. I rimedi nel caso di violazione delle garanzie patrimoniali e reddituali

Le osservazioni sulla presenza di garanzie nei contratti di compravendita di partecipazioni sociali ci consentono di introdurre il successivo tema: cosa succede nel caso in cui una garanzia offerta dal venditore all'acquirente nel contratto di acquisizione non venga rispettata? Per i profili di cui ci stiamo occupando, il problema si pone con particolare riferimento alla clausola che attesta una certa consistenza patrimoniale e reddituale della società.

Abbiamo osservato in apertura che il contratto di cessione-acquisizione di partecipazioni societarie altro non è che un contratto di compravendita caratterizzato da un particolare oggetto (appunto la partecipazione). I rimedi a disposizione dell'acquirente devono essere dunque, anzitutto, ricercati fra i rimedi previsti in generale dalla legge per i contratti di compravendita. A tale riguardo il nostro ordinamento stabilisce che il compratore, in presenza di vizi del bene, può chiedere la risoluzione del contratto oppure la riduzione del prezzo (art. 1492 comma 1 c.c.).

Iniziando a occuparci della *risoluzione* del contratto (della riduzione del prezzo ci occuperemo nel paragrafo successivo)²⁴, il problema è che questo rimedio - dettato per la compravendita in generale (e non per il caso particolare della compravendita di partecipazioni societarie) - non è di norma adatto alle esigenze dei soggetti coinvolti nelle acquisizioni. Ciò vale, più in generale, per tutti i rimedi "restitutori" (risoluzione del contratto appunto, ma - come vedremo nel prosieguo - anche annullamento del medesimo).

Con riferimento alla risoluzione del contratto, si deve riflettere sul fatto che la declaratoria di risoluzione avrebbe per effetto di porre nel nulla l'operazione di acquisizione. Da un lato si può osservare come sia improbabile che questo esito fosse la reale volontà delle parti, le quali - se si decidono per la compravendita di una

²⁴ Sulla risoluzione del contratto di compravendita di partecipazioni societarie v. D. Carminati, *Condizioni per le azioni di risoluzione ed annullamento del contratto di cessione di quote*, in *Società*, 2003, 84 ss.; A. Tina, *Trasferimento di partecipazioni societarie: risoluzione del contratto per mancanza di qualità, aliud pro alio e annullamento del contratto per dolo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 565 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

partecipazione – sono generalmente determinate a non tornare sui propri passi. Inoltre, dal momento che la risoluzione del contratto è un rimedio restitutorio, si dovrebbero ricreare le medesime condizioni precedenti l'acquisizione. Attesa la complessità dell'operazione, il rimedio risolutivo è generalmente poco adeguato: le restituzioni richiederebbero tempi lunghi e costi elevati. Sotto alcuni profili un completo ripristino della situazione anteriore all'acquisizione può risultare impossibile, dal momento che l'impresa può – nel frattempo – avere subito significative modifiche non più reversibili²⁵.

In alternativa alla risoluzione del contratto, è possibile per l'acquirente della partecipazione sociale – volendo rimanere ancora nell'ambito dei rimedi restitutori – invocare l'*annullamento*²⁶.

L'annullamento potrebbe essere chiesto per dolo, quando il venditore ha volutamente dato informazioni non corrispondenti al vero oppure quando ha artatamente taciuto informazioni altrimenti determinanti per la prestazione del consenso dell'acquirente (art. 1439 c.c.)²⁷. Nella prassi risulta peraltro difficile riuscire a ottenere l'annullamento del contratto per le difficoltà di provare il dolo del cedente²⁸.

²⁵ Volendo tracciare un parallelo, si pongono insomma nel contesto delle acquisizioni problemi simili a quelli che sussistono in materia di fusione. Qui il legislatore ha previsto espressamente che l'unico rimedio possibile è quello risarcitorio (art. 2504-*quater* c.c.) proprio perché la declaratoria d'invalidità della fusione implicherebbe restituzioni che, in realtà complesse come quella societaria, non sono ragionevolmente realizzabili. In tema d'invalidità della fusione ed esclusione del rimedio restitutorio cfr. la monografia di P. Beltrami, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008. V. inoltre V. Afferni, *Invalidità della fusione e riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 189 ss.; A. Colavolpe, *In tema di invalidità dell'atto di fusione*, in *Società*, 2008, 483 ss.; M. De Acutis, *Il nuovo regime dell'invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 729 ss.; P. Lucarelli, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 269 ss.; M. Nicotra, *L'invalidità della fusione e la sanatoria dell'art. 2504 quater c.c.: portata e rimedi*, in *Riv. not.*, 1996, I, 1131 ss.; V. Sangiovanni, *Invalidità della fusione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 379 ss.

²⁶ In materia di annullamento del contratto di compravendita di partecipazioni societarie cfr. N. Muccioli, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 193 ss.; F. Parmeggiani, *In tema di annullabilità della compravendita di azioni*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1185 ss.; A. Tina, *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 110 ss.

²⁷ Cass. 12 gennaio 1991, n. 257, ha stabilito che il dolo quale causa di annullamento del contratto può consistere tanto nell'ingannare con notizie false quanto nel nascondere alla conoscenza altrui, con il silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive. In tema di annullamento del contratto di compravendita di partecipazioni societarie per dolo v. A. M. Petrucci, *Cessione di pacchetti azionari e dolo del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 384 ss.

²⁸ Si veda, ad esempio, Cass., 12 giugno 2008, n. 15706, la quale ha ritenuto che non fosse stata

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

È invece più frequente che l'annullamento venga chiesto per errore, quando le informazioni fornite dal venditore – senza dolo - hanno determinato in capo all'acquirente una falsa rappresentazione della realtà inducendolo a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso²⁹.

L'errore più significativo, nella prassi, è proprio quello che concerne la situazione economico-finanziaria della società bersaglio. Siccome l'acquirente della partecipazione sociale paga un prezzo che esprime, in primo luogo, il patrimonio netto della società e, in secondo luogo, un "premio" per l'opportunità di godere in futuro degli utili prodotti (oltre che per il conseguimento della maggioranza), la situazione economico-finanziaria della società è il dato di partenza che serve al compratore per calcolare il prezzo della partecipazione. In questo contesto si possono verificare degli errori, tali da alterare la libera prestazione del consenso dell'acquirente. Si immagini il caso in cui viene ritenuto sussistere il capitale sociale, che è invece andato in tutto o in parte perso, oppure l'ipotesi che il patrimonio netto della società sia inferiore rispetto a quanto assunto. Se, diversamente da quanto affermato dal venditore, il capitale e/o il patrimonio non sussistono come promesso, l'acquirente subisce un danno, consistente nel fatto di pagare un prezzo eccessivo rispetto al valore assunto della partecipazione.

La giurisprudenza è peraltro titubante nel concedere il rimedio dell'annullamento del contratto per errore nel caso di una valutazione sbagliata da parte dell'acquirente sulla situazione finanziaria e patrimoniale della società di cui si è acquisita la partecipazione. Secondo gli orientamenti giurisprudenziali si può affermare che l'annullamento può essere ottenuto solo in presenza di un'apposita ed espressa garanzia in contratto sulla consistenza patrimoniale e reddituale della società, non invece quando tale garanzia è mancante.

Fra i più recenti interventi della giurisprudenza di legittimità sul problema dell'annullamento del contratto di compravendita di partecipazioni sociali va segnalata una sentenza della Corte di cassazione del 2008, secondo cui l'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto (nel caso di specie una partecipazione

fornita la prova che il venditore della partecipazione aveva fornito informazioni false all'acquirente, rigettando pertanto la domanda di annullamento del contratto per dolo. Un ragionamento simile vale per il dolo incidente, che legittimerebbe non tanto l'annullamento del contratto quanto piuttosto il risarcimento del danno (art. 1440 c.c.). Al riguardo Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, 103 ss., con nota di A. Tina; in *Giur. comm.*, 2008, II, 1176 ss., con nota di F. Parmeggiani; in *Giur. it.*, 2008, 365 ss., con nota di L. Rema, ha affermato che le false o omesse indicazioni di fatti possono comportare l'obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno, ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l'affare ma a condizioni diverse.

²⁹ In materia di errore nella compravendita di partecipazioni societarie cfr. C. Capocasale, *Sull'irrelevanza dell'errore sul valore dell'azione nella vendita di partecipazioni sociali*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1979 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

sociale) non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto il difetto di qualità della cosa deve attenersi solo ai diritti e obblighi che il contratto in concreto sia idoneo ad attribuire, e non al valore economico del bene oggetto del contratto, che afferisce alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato accordo, sfera non tutelata con lo strumento dell'annullabilità, non essendo riconosciuta dall'ordinamento alcuna tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale e all'errore sulle proprie personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio³⁰. Si trattava di un caso in cui mancava nel contratto una specifica garanzia contrattuale circa la consistenza patrimoniale della società.

Non diversa è stata la soluzione fatta propria da una sentenza della Corte di cassazione dell'anno precedente, la quale è partita dalla considerazione che la cessione delle azioni di una società di capitali ha come "oggetto immediato" la partecipazione sociale e solo quale "oggetto mediato" la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta³¹. Con riguardo alle azioni di società, le qualità delle stesse che, secondo il comune apprezzamento, devono ritenersi determinanti del consenso, devono limitarsi a quelle che attengono alla funzione tipica delle azioni, e cioè all'insieme delle facoltà e dei diritti che esse conferiscono al loro titolare nella struttura della società, senza alcun riguardo al loro valore di mercato. La disciplina di legge si ferma all'oggetto immediato (e cioè alle azioni oggetto del contratto), mentre non si estende alla consistenza e al valore dei beni costituenti il patrimonio, a meno che l'acquirente, per conseguire tale risultato, non abbia fatto ricorso a un'espressa clausola di garanzia, frutto dell'autonomia contrattuale, che consente alle parti di rafforzare, diminuire o escludere convenzionalmente la garanzia, in modo tale da ricollegare esplicitamente il valore delle azioni al valore dichiarato del patrimonio sociale. La Cassazione ne fa conseguire che l'errore sul valore della società, in assenza di apposita clausola in tal senso, non costituisce errore essenziale in grado di determinare l'annullamento del contratto. In caso di compravendita di azioni di una società - che si assume stipulata a un prezzo non corrispondente al loro effettivo valore - senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla situazione patrimoniale della società stessa, il valore economico dell'azione non rientra fra le qualità di cui all'art. 1429, n. 2, c.c., relativo all'errore essenziale. Pertanto non è configurabile un'azione di annullamento della compravendita basata su una pretesa revisione del prezzo tramite la revisione di atti contabili (bilancio e conto profitti e perdite) per dimostrare quello che altro non è che un errore di valutazione da parte dell'acquirente, anche quando il

³⁰ Cass., 12 giugno 2008, n. 15706.

³¹ Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, 103 ss., con nota di A. Tina; in *Giur. comm.*, 2008, II, 1176 ss., con nota di F. Parmeggiani; in *Giur. it.*, 2008, 365 ss., con nota di L. Renna.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso e nasconda una situazione tale da rendere applicabili le norme in materia di riduzione e perdita del capitale sociale. La posizione assunta dalla Corte di cassazione in questa sentenza è particolarmente forte in quanto non fa bastare nemmeno la falsità del bilancio per ottenere l'annullamento del contratto di acquisizione³².

In ogni caso, alla luce di questi orientamenti giurisprudenziali l'acquirente che voglia adeguatamente garantirsi deve insistere per l'inserimento nel contratto di acquisizione di un'apposita clausola sulla consistenza patrimoniale e reddituale della *target*. La prassi contrattuale mostra che tali pattuizioni sono, ormai, del tutto comuni.

8. Cenni alla riduzione del prezzo e al risarcimento del danno

Abbiamo visto sopra che l'art. 1492 c.c. consente all'acquirente, in caso di vizi della cosa compravenduta, di chiedere – in alternativa alla risoluzione del contratto - la riduzione del prezzo. Anche la *riduzione del prezzo* non costituisce un rimedio gradito al venditore di partecipazioni sociali, in quanto è ragionevole assumere che questi si determini all'operazione facendo affidamento sulla valutazione delle azioni o quote che è stata concretamente effettuata, senza alcuna intenzione di rivedere *ex post* al ribasso il prezzo della partecipazione. In altre parole, il rischio che il cedente non vuole correre è quello che il compratore eccipisca violazioni di garanzie, subito dopo la conclusione del contratto, al fine di ottenere la restituzione di una parte del prezzo pagato. Bisogna peraltro dire che, dal punto di vista strettamente economico, riduzione del prezzo e risarcimento del danno si assomigliano molto: l'effetto del risarcimento del danno equivale a una riduzione del prezzo.

Nella prassi dei contratti di acquisizione è comune prevedere, per il caso di violazione delle garanzie contrattuali, *il solo obbligo di risarcire il danno* patito dall'acquirente. Vi è in contratto, normalmente, una clausola che esclude l'azionabilità di rimedi diversi da quello del risarcimento, escludendo in particolare la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto e il suo annullamento. La clausola con cui si ottiene

³² Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 16 aprile 2009, in *Società*, 2010, 1203 ss., con nota di A. Fusi, ha deciso che il contratto di cessione di quote sociali è annullabile quando vi sia stata da parte del cedente una specifica promessa circa la consistenza patrimoniale della società delle cui quote si tratta. Secondo l'autorità giudiziaria romana qualità della cosa è tutto ciò che ne possa consentire un migliore e più redditizio godimento ed è perciò perfettamente plausibile che la solidità dell'impresa sociale, riflettendosi sul valore e sulla redditività della quota, costituisca una qualità di tale quota. Nel caso di specie era stata data un'espressa garanzia in merito al capitale sociale della società, dichiarando che esso era pari a 50.000 euro, era stato interamente versato ed era esistente. Il caso affrontato dal Tribunale di Roma si differenzia da quelli oggetto delle sentenze della Corte di cassazione per il fatto che, nella fattispecie decisa dall'autorità giudiziaria romana, vi era un'apposita clausola sulla consistenza patrimoniale della società.

RELAZIONI A CONVEGNI

ACQUISIZIONI DI PARTECIPAZIONI

questo risultato è la clausola dell’*“exclusive remedy”* (rimedio esclusivo): il contratto di acquisizione, dopo avere elencato quali sono le garanzie offerte dal venditore e avere stabilito che in caso di loro violazione spetta il risarcimento del danno, prevede che l’acquirente non possa far valere alcun altro rimedio.

APPUNTI IN TEMA DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

Ricostruito preliminarmente il percorso esegetico che, nonostante autorevoli voci contrarie, condusse ad ammettere la rilevanza giuridica dell' interesse di gruppo superiore a quello delle singole società affiliate, che pare sia stato recepito dal legislatore della Riforma, ci si sofferma, cogliendo gli spunti offerti dalla sentenza in commento, su alcune delle principali problematiche sollevate dalla recente normativa, con particolare riferimento alla qualificazione giuridica dell'attività di direzione e coordinamento, nonché ai presupposti e alla natura dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ..

di **LUCA AGOSTARA**

1. La fattispecie

Il Tribunale di Palermo, con sentenza in data 3 giugno 2010, ha stabilito che il socio della società controllata che agisca per il risarcimento dei danni nei confronti della società controllante imputandole di avere esercitato l'attività direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale abbia l'onere di fornire previamente la prova del mancato soddisfacimento delle proprie pretese da parte della medesima società controllata. Si è affermato inoltre che la configurabilità del controllo esterno di una società su di un'altra e la conseguente presunzione di direzione e coordinamento esercitata dalla prima nei confronti della seconda postulino l'esistenza di rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità d'impresa della società controllata. Nel caso sottoposto al suo esame, il Tribunale ha escluso che ricorra tale presupposto qualora il contratto di concessione di vendita intercorrente tra due società non preveda alcuna esclusiva e lasci al distributore una notevole autonomia quanto alle attività di vendita e di *marketing*.

Nel luglio 1999, la "L & S Company" s.r.l. stipulava con la "D. C. Company Italia" s.p.a., licenziataria per l'Italia di un noto marchio di abbigliamento, un contratto di concessione esclusiva di vendita per l'Italia centro-meridionale ed avente ad oggetto calzature ed accessori recanti il medesimo marchio.

Prima della scadenza naturale del suddetto contratto, le parti addivenivano alla conclusione di un nuovo accordo contrattuale riprodotto i medesimi contenuti del primo.

I signori L. S. e F. S., in qualità di soci della "L & S Company" s.r.l., agivano in giudizio al fine di ottenere la condanna della "D. C. Company Italia" s.p.a. al risarcimento dei danni *ex art. 2497 cod. civ.*

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

A tal uopo adducevano che la “D. C. Company Italia”, facendo leva sulla posizione di superiorità che le garantiva il contratto intercorrente con la “L & S Company”, aveva esercitato un potere di direzione e coordinamento nei riguardi di quest’ultima, imponendole condotte antieconomiche ma vantaggiose per essa stessa “D. C. Company Italia”, in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale, arrecando danno alla redditività delle loro partecipazioni.

Il Tribunale di Palermo rigetta la domanda.

2. La decisione del Tribunale

La decisione in commento affronta una problematica, già nota ai teorici ed agli operatori del diritto, concernente il rapporto tra società facenti parte del medesimo gruppo.

Esaminando, ai fini che qui rilevano, solo il merito della vicenda, giova rilevare come l’organo giudicante abbia evidenziato, in via preliminare, che il nuovo art. 2497 *sexies* cod. civ. presuma *iuris tantum* la ricorrenza dell’attività di direzione e coordinamento qualora una società si trovi sotto l’influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali ai sensi dell’art. 2359 cod. civ.

Il giudice, al fine di attribuire un significato concreto alla locuzione “influenza dominante”, richiama l’orientamento della Suprema Corte secondo la quale, in queste circostanze, il controllo esterno “postula l’esistenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità d’impresa della società controllata”.

Sulla scorta di tale interpretazione ermeneutica, il giudice panormita ha escluso che ricorressero, nella fattispecie al vaglio, gli estremi per integrare un controllo da influenza dominante su base contrattuale e la conseguente presunzione di attività di direzione e coordinamento.

E ciò tenuto conto che le clausole contrattuali lasciavano, invero, la “L & S Company” libera di ampliare il proprio giro di affari senza che fosse effettivamente instaurato alcun rapporto di dipendenza economica tale da poter fungere da base ad una attività di direzione e coordinamento, e che tali conclusioni non sono state smentite né dalla documentazione prodotta né dall’audizione dei testimoni.

3. L’interesse di gruppo prima della riforma

Prima di addentrarsi nell’analisi del contenuto della sentenza, appare opportuno effettuare una rassegna delle principali questioni che affaticano gli interpreti nella ricostruzione della disciplina dei gruppi di società, sin da epoche antecedenti la riforma.

Il legislatore del 1942 non aveva ignorato “il gruppo di società” e lo aveva individuato quale “fenomeno che risponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata” attraverso “lo sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integra dando vita ad altre attività sussidiarie e collaterali alle quali, per ragione di

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma”¹. Il gruppo di società rappresenta un’usuale forma organizzativa della grande impresa e rinviene la propria peculiarità nel collegamento, attraverso vincoli partecipativi o contrattuali, di più imprese che, pur mantenendo autonomia giuridica, agiscono nell’alveo di una logica economica unitaria.

Tuttavia, pur lasciando intravedere una qual certa consapevolezza dell’esistenza dei gruppi di società, poiché essi trovano legittimazione nella nozione stessa di controllo, il codice civile si limitava a prevedere espressamente le fattispecie di controllo di una società su un’altra (controllo c.d. interno mediante partecipazione al capitale sociale, di diritto o di fatto, e controllo c.d. esterno attraverso un vincolo contrattuale) e a prevenirne possibili applicazioni patologiche, avuto riguardo al rischio di annacquamento del capitale (artt. 2359, 2360 cod. civ.).

Il concetto di gruppo presuppone una direzione unitaria esercitata in forza di un controllo interno o in forza di un vincolo contrattuale. L’attività di direzione e coordinamento è, dunque, un *quid pluris* rispetto al mero controllo e si estrinseca in una condotta che, transcendendo la detenzione della maggioranza assembleare (o di una quota che comunque assicuri, al suo interno, una notevole influenza) o il rapporto contrattuale, approdi ad una gestione economicamente unitaria delle società coinvolte, le quali, tuttavia, mantengono la propria autonomia giuridica, privilegio di cui resta sprovvisto il gruppo.

Negli anni si è assistito ad una tendenza legislativa ed interpretativa che, partendo dal concetto di controllo, ha condotto verso l’idea di direzione unitaria, così transitando dal piano dei profili dominicali a quello, più moderno e dinamico, dei profili gestionali e imprenditoriali della vicenda che ci occupa². Ne sono testimonianza le norme sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 3 L. n. 95/1979, confluito poi nel D. Lgs. n. 270/1999, laddove si fa riferimento alla “direzione unitaria” delle singole componenti), la disciplina dei gruppi bancari (D. Lgs. n. 385/1993, ove, all’art. 61, si dice che la capogruppo può impartire direttive alle altre società nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento), nonché l’analoga disciplina predisposta per i gruppi di società autorizzate all’intermediazione finanziaria (D. Lgs. n. 58/1998).

Già in epoca anteriore alla riforma del diritto societario sembrava, dunque, avvenuto il riconoscimento legislativo, seppure estemporaneo ed episodico, del gruppo sociale e di un suo peculiare interesse.

Sembra da condividere l’opinione di chi, già allora, rinveniva, nel gruppo di società, tre diversi interessi: l’interesse della controllante, l’interesse della controllata e

¹ Relazione Ministeriale al codice civile, n. 963.

² Cfr. R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, Milano, 2004, p. 539.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

l'interesse del gruppo³. Quest'ultimo è stato definito da autorevole dottrina⁴ come "massimizzazione della redditività dell'insieme costituito dall'impresa capogruppo e delle sue controllate".

La situazione di controllo, stante il delineato quadro normativo, sembrava invero rappresentare il presupposto, necessario ma non sufficiente, del gruppo; non sufficiente poiché doveva ricorrere l'ulteriore requisito della "direzione unitaria"⁵.

Fu per prima la dottrina aziendalistica tedesca, agli albori del secolo scorso, a utilizzare il concetto di "einheitliche Leitung", ravvisando in essa il carattere distintivo del "Konzern"⁶; tale intuizione confluì poi nella legge azionaria tedesca del 1965.

Ad impegnare gli interpreti fu, anzitutto, la possibilità di contemperare, in quel contesto plurale che è portato ineludibile del gruppo, l'interesse della singola società controllata con quello, più ampio e composito, del gruppo stesso.

In altre parole, ci si domandava in che termini dovesse apprezzarsi la posizione dell'amministratore (e del socio di maggioranza) dell'affiliata il quale, nell'esercizio della sua funzione, agisse nell'interesse precipuo del gruppo, conculcando quello della società di fosse, in effetti, organo.

Negli anni che hanno preceduto la Riforma, dottrina e giurisprudenza pratica hanno, così, sofferto una spaccatura in merito all'atteggiarsi, a questo riguardo, della disciplina del conflitto di interessi dell'amministratore (e del socio) della controllata, il quale ultimo si trovava ad operare su una linea di confine dai contorni indefiniti.

Era stata riconosciuta come fisiologica⁷ l'ingerenza che la società controllante venisse ad esercitare sull'organo amministrativo delle società affiliate, ma la medesima condivisione non si registrava sul limite che tale interferenza non potesse valicare e oltre il quale scattava la mannaia del conflitto di interessi. Dinanzi alla diffusione del

³ P. Montalenti, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 710 ss.

⁴ G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, p.40.

⁵ Cfr., in epoca antecedente la riforma, R. Alessi, *Prospettive per una disciplina dei gruppi multinazionali, in particolare il controllo unilaterale*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, p. 165; F. Ferrara jr – F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, VII ed., Milano, 1987, p. 690; A. Pavone La Rosa, *La responsabilità da "controllo" nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 407 ss; A. Pisani Massamomile, *Sull'applicabilità dell'articolo 85 del Trattato CEE alle filiali comuni*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 412 ss.; *contra*, nel senso che il gruppo sussisterebbe già allo stadio del semplice controllo, venendo la direzione unitaria a configurare un più complesso fenomeno di gruppo, G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento*, Torino, 1996, p. 22.

⁶ Vedi, *ex multis*, R. Passow, *Betrieb, Unternehmen un Konzern*, Jena, 1930, p. 100.

⁷ G. F. Campobasso, *Diritto commerciale.2 Diritto delle società*, V ed., Torino, 2002, p. 291.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

fenomeno dei gruppi societari, ci si è chiesti se, e in che misura, l'interesse della singola società⁸ potesse essere sacrificato sull'altare di un tale interesse del gruppo.

Invero, l'attenzione degli interpreti è andata focalizzandosi, in prosieguo di tempo, sul funzionamento del gruppo. Mutuando il pensiero di un autorevole autore, "il problema centrale di ogni disciplina dei gruppi è quello della tutela dei soggetti, azionisti e creditori, che appuntano le proprie aspettative sulla situazione economica di una singola affiliata e che possono veder lese tali aspettative da una politica volta a favorire altri settori del complesso"⁹.

Non mancarono, inizialmente, pronunce giurisprudenziali pronte a richiamare l'attenzione sulla "distinta soggettività giuridica di tutte le società del gruppo che imporrebbe di rispettare l'interesse sociale di queste che può essere coordinato, ma non conculcato, in vista di un interesse superiore del gruppo, il quale deve essere ulteriore, ma non per questo confliggente, rispetto a quello delle imprese collegate"¹⁰; "di conseguenza, le deliberazioni degli organi amministrativi di una società attuative delle direttive del gruppo non devono cagionare un pregiudizio alla società medesima e gli amministratori si devono astenere dall'eseguire deliberazioni e indirizzi che possano danneggiare la società anche se favoriscono il gruppo"¹¹.

Nella stessa direzione, andava registrata l'opinione di chi ebbe a ritenere "non ammissibile, all'azione del gruppo, arrivare legittimamente a sacrificare all'interesse del gruppo gli interessi delle controllate", poiché "l'interesse della singola società non può essere posposto ad un interesse extra-sociale, situazione che ricorre quando l'interesse extra-sociale non sia conciliabile bensì in conflitto con il primo"¹².

Un altro autore¹³, in particolare, riaffermò con voce alta l'assoluta insensibilità delle società controllate ad un supposto interesse di gruppo, giungendo finanche a sostenere che laddove una società appartenesse ad un gruppo nel senso sopra chiarito, cesserebbe *ipso facto* di esser tale, divenendo piuttosto una divisione della capogruppo.

⁸ Com'è noto, la dottrina è divisa tra quanti rinvergono l'interesse sociale nella tendenza alla realizzazione dello scopo (la teoria c.d. "istituzionalistica") e quanti lo individuano nell'interesse collettivo dei soci (teoria c.d. "contrattualistica").

⁹ Così, testualmente, P. Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in A. Pavone La Rosa (a cura di), *I gruppi di società*, Bologna, 1992, 103 ss.

¹⁰ Così, Cass., 8 maggio 1991, n. 5123, in *Società*, 1991, p.1341.

¹¹ Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220; dello stesso tenore, Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Dir. fall.*, 1992, II, p.685 ss.

¹² Così, testualmente, Chiomenti, *Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto di gruppo tra imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 265.

¹³ F. d'Alessandro, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, V, 48 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

La maggioranza degli interpreti era, invero, schierata a favore della legittimità di un'ingerenza della società madre nei confronti delle controllate che fosse tale da influenzarne la condotta.

Non poté farsi a meno di osservare, infatti, che una rigida applicazione delle norme in tema di conflitto di interessi del socio e dell'amministratore (artt. 2373, 2391 cod. civ.) avrebbe inevitabilmente precluso l'accoglimento all'interno del nostro ordinamento giuridico di un interesse sociale più ampio e screziato, non calibrato esclusivamente, cioè, sull'oggetto sociale della società controllata¹⁴.

Il rischio di paralisi del gruppo insito in un tale approccio ermeneutico era stato paventato già da un autorevole autore il quale aveva acutamente percepito come, “nelle società controllate, i rapporti con la società controllante costituiscano un' insopprimibile ragione di vita”¹⁵.

Inizìò così a farsi strada, in dottrina, l'opinione di quanti sostenevano la c.d. non extra-socialità dell'interesse di gruppo.

Un autorevole autore¹⁶, sempre sotto l'impero del previgente diritto societario, sottolineava come alla base della crescente richiesta di una espressa disciplina in tema di gruppi, stessero, appunto, le difficoltà nel contemperare due interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte del legislatore: da una parte la libertà di manovra della capogruppo e, dall'altra, la tutela della minoranza e dei creditori verso interferenze abusive che riducano le società controllate a mero strumento nelle mani della società controllante. Questi osservava, altresì, come l'interesse della capogruppo fosse destinato a prevalere su quello delle controllate e che il pregiudizio andasse accettato se accompagnato da misure compensative, salvo, come è ovvio, il risarcimento del danno. Coerentemente, tale autore concludeva il proprio ragionamento, ritenendo doversi disapplicare la normativa sul conflitto di interesse in materia di gruppi e invitando a valutare tale nozione di pregiudizio in un confronto dialettico con i vantaggi derivanti dall'appartenenza ad una “comunità allargata”¹⁷. In questo modo, gli amministratori avrebbero potuto agire liberi dai condizionamenti provocati dalle norma sul conflitto di interesse.

¹⁴ In tal senso, M. Bin, *Gruppi di società e diritto commerciale*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 506 ss., e autori citati alle note successive.

¹⁵ Sono parole di L. Mengoni, *Appunti per una revisione della teoria del conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 434 ss.

¹⁶ Questo, in sintesi, il pensiero di A. Mignoli, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 729 ss.

¹⁷ A. Mignoli, *op. ult. cit.*, p. 738.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

Altri giunse ad ammettere la legittimità del perseguimento di un interesse superiore del gruppo facendo leva sull'unitarietà dell'impresa gestita dalle diverse società componenti il gruppo¹⁸.

Un altro autore ancora ritenne doversi escludere il conflitto di interessi in capo all'amministratore della società controllata, laddove a quest'ultima fosse corrisposto un congruo indennizzo¹⁹.

Era dunque da ritenersi prevalente l'opinione di quanti ritenevano legittime operazioni "ispirate all'interesse generale dell'intero gruppo societario per il miglior conseguimento dell'unitario interesse alla stabilità o allo sviluppo del gruppo"²⁰, seppure con diversi accorgimenti.

In tale contesto, fu sostenuto che un eventuale pregiudizio che fosse derivato alla singola controllata da un atto realizzato nell'interesse del gruppo sarebbe stato tollerabile solo se, al momento del suo compimento, potesse *ragionevolmente* attendersi un vantaggio per la società stessa, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione, ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo²¹.

Tale orientamento vide la propria conferma ad opera della Suprema Corte²² la quale, dopo avere rilevato che la "formazione di gruppi risponde ad esigenze tecniche sul piano organizzativo, amministrativo e finanziario", ebbe a sottolineare come, nell'ambito del gruppo, l'attuazione di un'operazione sfavorevole ad una società controllata potesse trovare "contropartita" nel vantaggio, magari più cospicuo, rinveniente da altra operazione sociale.

Veniva, così, spostato l'obiettivo su una prospettiva di più ampio respiro che superava le asfittiche limitazioni imposte, sino a quel momento, all'azione del gruppo.

¹⁸ F. Galgano, *Il punto sulla giurisprudenza in materia di gruppi*, in *Contr. e impr.*, 1991, pp. 897 e ss.; id., *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. e impr.*, 1986, pp. 327 e ss.

¹⁹ P. Spada, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 243. L'autorevole autore effettua, altresì, un pertinente parallelo tra amministratore e socio della controllata in conflitto di interesse, osservando come il ricorrere o meno del conflitto, in entrambi i casi, soggiaccia alle medesime circostanze.

²⁰ Così, testualmente, A. Gambino, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, Milano, 1993, I, 841; per la tesi della non extra-socialità, si veda altresì G. F. Campobasso, *Diritto commerciale. 2 Diritto delle società*, V ed., Torino, 2002, p. 303; G. Ferri, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, Torino, 1971, p. 711.

²¹ Così, P. Montalenti, *Conflitto di interessi nel gruppo di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, 710 ss., il quale fonda su tale convinzione il superamento della concezione atomistica del conflitto di interessi.

²² Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, I, p. 1222 ss. Nello stesso senso si era già espressa Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

Dell'evoluzione dottrinarina e giurisprudenziale sin qui delineata, sembra aver tenuto conto il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 nell'introdurre, nel Titolo V del Libro V del Codice, il capo IX contenente gli artt. 2497- 2497 *sexies* (l'art. 2497 *septies* è stato aggiunto dal D. Lgs, 6 febbraio 2004, n. 37) e intitolato "Direzione e coordinamento di società".

Pur non offrendo una definizione di gruppo²³, peraltro mai citato dalla nuova normativa, viene riconosciuto senza dubbio un margine di legittimità dell'attività di direzione e coordinamento il cui limite viene indicato dall'art. 2497 cod. civ. nella circostanza per cui, agendo in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, venga arrecato pregiudizio alle singole partecipazioni sociali o lesa l'integrità del patrimonio sociale.

La novità principale, in materia, è rappresentata dalla determinazione della responsabilità della capogruppo in determinate circostanze, superando così i malumori della citata dottrina che rinveniva nella diversa soggettività giuridica delle società coinvolte un limite all'affermazione di una siffatta responsabilità.

Quel percorso verso una maggiore valorizzazione dei profili gestionali del fenomeno dei gruppi che il legislatore aveva intrapreso ricorrendo ad isolate leggi speciali, sembra, con la Riforma, raggiungere il proprio coronamento.

Il legislatore non ha però fornito una definizione di "direzione e coordinamento" ma, a tal fine, appaiono utili le indicazioni emerse dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti in materia di "direzione unitaria". Si era, infatti, concordi nel ritenere che esercizio di direzione unitaria comporti un accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate.

L'orientamento²⁴ che vedeva nella direzione unitaria qualche cosa di più e di diverso rispetto al mero controllo, trova conferma nell'art. 2497 *sexies* cod. civ. che, enunciando i casi in cui l'esistenza di un caso di direzione e coordinamento deve presumersi, fa riferimento, oltre ai casi in cui si è tenuti a redigere il bilancio consolidato di gruppo (D. Lgs. n. 127/1991), ai casi di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. E' stato affermato che l'attività di direzione e coordinamento consista nella esplicazione di una serie di atti "teleologicamente diretti alla realizzazione dell'interesse alla produzione di nuova ricchezza"²⁵.

²³ Sottolinea tale carenza V. Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, p. 6, secondo cui la funzione delle norme giuridiche non è quella di dare definizioni e nozioni, ma quella di prescrivere o vietare condotte.

²⁴ Vedi *supra*, nt. 5.

²⁵ Così, A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa a G. B. Portale, 2007, p. 852.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

4. Rilevanza giuridica dell'attività di direzione e coordinamento

Al fine di meglio comprendere l'arresto del Tribunale di Palermo, dopo aver verificato come la maggioranza degli autori ritenga sussistente un rapporto di direzione e coordinamento a livello di mero fatto, bisogna distinguere tra due possibili alternative di direzione e coordinamento su base contrattuale.

Il *Konzernrechtorganization* offerto dalla riforma appare improntato alla effettività dell'attività di direzione e controllo, indipendentemente dal titolo formale e dagli strumenti giuridici in base ai quali l'attività suddetta venga esercitata²⁶; è stata, cioè, ritenuta necessaria e sufficiente, ai fini della rilevanza giuridica del fenomeno, la sussistenza dell'effettivo svolgimento di tale attività.

La prima giurisprudenza²⁷, di merito, formatasi sul punto ha avuto modo di chiarire che per "direzione e coordinamento" debba intendersi "l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali".

La legittimità di direttive provenienti dalla controllata pare, oggi, riconosciuta dall'art. 2497 *ter* cod. civ. laddove impone, alla controllata, un'analitica motivazione delle decisioni influenzate dalla controllante²⁸.

Quest'attività è considerata lecita se condotta nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e ove non leda la redditività della partecipazione sociale e la integrità del patrimonio della società ai sensi della clausola generale incastonata nel nuovo art. 2497 cod. civ.

A tal proposito, autorevole dottrina ha ritenuto che l'attività di direzione rimanga alla stadio di mero fatto, nel senso che "da essa può nascere una responsabilità di chi ha impartito le direttive, ma mai un vincolo per gli amministratori cui le direttive sono rivolte"²⁹. Ne discende che gli amministratori delle controllate non sarebbero gravati da nessun obbligo di conformarsi alle direttive loro impartite.

Di contrario avviso è chi ha sostenuto che il potere di direzione costituirebbe "una specifica manifestazione di autonomia e iniziativa economica del soggetto

²⁶ M. R. Covelli, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle società* a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf, V. Salafia, Milano, 2007, p. 1363 ss.

²⁷ Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2829 ss.

²⁸ Nel senso che l'attività direzione e coordinamento consisterebbe in "un flusso costante di istruzioni, che la società controllante impartisce alla controllata, su modalità gestionali, sul reperimento di mezzi finanziari, su politiche di bilancio, sulla scelta dei contraenti, etc.", V. Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, p. 6.

²⁹ F. Galgano, *I gruppi di società*, Torino, 2001, p. 63.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

capogruppo, cui corrisponderebbe un convergente atto di autonomia anche da parte delle controllate³⁰.

Più precisamente, gli amministratori di una società coordinata e diretta devono eseguire le direttive legittime e collaborare con la capogruppo, essendo lecito inferire, laddove tale direzione sia, ancorché tacitamente, condivisa, che sorga un dovere di osservanza almeno di quelle direttive che appaiano legittime ai sensi del novello art. 2497 cod. civ.³¹.

Resta da verificare se tale attività, oltre che rilevare giuridicamente³² per il fatto in sé, possa essere giuridicamente imposta *ex contractu* alle società controllate.

Si ritiene doversi escludere³³ che a tal fine rilevino i particolari vincoli contrattuali di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3 cod. civ. in quanto questi sarebbero da riferirsi, più precisamente, a quei contratti capaci di instaurare una influenza dominante di una società su un'altra.

La dottrina italiana³⁴ suole al riguardo elencare: contratti di agenzia, di somministrazione, di fornitura, di concessione in vendita, di franchising, di licenza d'uso di marchi registrati, di factoring, di finanziamento.

La sentenza del Tribunale di Palermo che qui si commenta esclude che il contratto di concessione in vendita intercorrente tra le società coinvolte fosse tale da giustificare un rapporto di controllo e susseguente direzione e coordinamento in quanto, aderendo ad un orientamento espresso dalla Cassazione³⁵, ha ritenuto che il suddetto contratto, non prevedendo vincoli di esclusiva in capo alla pretesa controllata, non costituisse per essa uno sbocco vitale. Il Tribunale siciliano conclude sostenendo non

³⁰ G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi*, Torino, 1996, p. 234; nello stesso senso, M. Miola, *Le garanzie infragruppo*, Napoli, 1993, p. 374.

³¹ U. Tombari, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 130; cfr. anche Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, 366.

³² A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., p. 854 ss. ritiene indici del rilievo giuridico vincolante delle direttive il fatto che, ai sensi dell'art. 2497 bis cod. civ., le controllate debbano indicare il loro stato di soggezione negli atti e nella corrispondenza, nonché nella concessione, ai soci esterni delle controllate, del diritto di recesso all'inizio e alla fine dell'attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 quater cod. civ. e ancora nell'obbligo di motivazione di cui all'art. 2497 ter cod. civ.

³³ P. Spada, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 9; contra V. Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, cit., p. 5.

³⁴ Si veda, *ex multis*, M. Miola, in *Testo Unico della Finanza* a cura di G. F. Campobasso, II, Torino, 2002, p. 771.

³⁵ Cass., 27 settembre 2001, n. 12094, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Società*, n. 819, la quale ha ritenuto che la configurabilità del controllo esterno, in questi casi, postula l'esistenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità d'impresa della società controllata.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

essere stato provato quel rapporto di “dipendenza economica” che avrebbe potuto legittimare la configurabilità della responsabilità *ex art.* 2497 cod. civ.

Ma, invero, sembra che la sentenza in epigrafe rischi di sovrapporre, confondendoli, il piano del controllo contrattuale *ex art.* 2359, co. 1, n.3, cod. civ. e quello della dipendenza economica come delineata, in termini di principio generale, dalla l. 182/1998.

Il controllo mediante particolari contratti, infatti, si presenta con tratti caratteristici che lo differenziano rispetto alla mera sudditanza economica, nel senso che la parte contrattualmente forte potrà non soltanto imporre vincoli al comportamento dell'altra, ma anche influire sulla sua attività globalmente intesa, indirizzandone le scelte gestorie³⁶. Tale interferenza dovrebbe concretizzarsi, in particolare, in un'incidenza penetrante sull'organizzazione imprenditoriale e societaria, sulle relazioni con i terzi, sulla nomina degli amministratori, e non soltanto imponendo condizioni contrattuali svantaggiose³⁷.

Com'è stato condivisibilmente rilevato, infatti, “l'abuso di dipendenza economica incide sull'attività d'impresa, là dove l'attività di direzione e coordinamento incide sul governo societario che determina, ma non s'identifica, con l'attività d'impresa: i due fenomeni possono essere, e sovente sono, eziologicamente collegati; ma i rispettivi ambiti restano ontologicamente distinti”³⁸.

Prima della riforma, e nel panorama legislativo che si è fugacemente prospettato, era estremamente vivace il dibattito attorno alla legittimità dell'ipotesi in cui la capogruppo esplicasse il proprio ruolo attraverso accordi negoziali vincolanti per le società controllate.

Era opinione assolutamente prevalente che eventuali contratti aventi ad oggetto il potere riconosciuto a favore della capogruppo di imporre decisioni ad un'altra società, in analogia con il *Beherrschungsvertrag* (contratto di dominazione) di diritto tedesco, fossero censurabili con la nullità in quanto contrastanti con due principi inderogabilmente posti dall'ordinamento italiano: “1) una società non può vincolarsi ad agire in difformità del suo interesse particolare; 2) gli organi della società non possono in nessun caso abdicare all'autonomia di giudizio che loro compete circa la condotta degli affari sociali”³⁹. L'esautoramento degli amministratori delle società sottoposte,

³⁶ Così G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., p. 110 ss.

³⁷ P. Serrao d'Aquino, *La nozione di direzione unitaria e la dipendenza economica di società*, in *Giur. merito*, 2010, 11, 2748.

³⁸ A. - M. Perrino, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2829 ss.

³⁹ Così, testualmente, P. Abbadessa, *Rapporto di dominio ed autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, I, 545 ss. dove vengono ribaditi i concetti già espressi dallo stesso autore in *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società a cura di A. Pavone La Rosa*, Bologna, 1982, 103 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

che per questa via si sarebbe realizzato, era ritenuto, infatti, incompatibile con i principi informativi della responsabilità gravante su di essi nei confronti dei soci e dei creditori sociali; e ciò in assenza, peraltro, di disposizioni poste a tutela dei soci esterni e dei creditori sociali della società sottoposta⁴⁰.

A sostegno del divieto di cittadinanza comminato a siffatta “defunzionalizzazione”⁴¹ delle decisioni rispetto all’interesse sociale erano adottati tanto l’assenza di una specifica disciplina, prevista invece in Germania e Portogallo⁴² a tutela di soci di minoranza e creditori sociali, quanto le norme sul conflitto di interessi che impedivano ai preposti alla gestione di agire in difformità all’esclusivo interesse sociale⁴³.

Parte della dottrina⁴⁴ aveva cercato di mitigare l’asprezza del suddetto orientamento, tentando di conciliare i principi del diritto societario con la supposta necessità di strumenti utili a regolare il fenomeno del gruppo di società. Si era così ipotizzata la legittimità dei c.d. “contratti di dominazione deboli” in base ai quali, pur in presenza di una eterodirezione, gli amministratori sarebbero stati comunque tenuti a rispettare l’interesse sociale della società eterodiretta.

L’entrata in vigore della disciplina riformata del diritto societario e, in particolare, del nuovo art. 2497-*septies* cod. civ. ha creato una nuova frattura in dottrina.

V’è chi⁴⁵, nel solco del risultato ermeneutico raggiunto *ante* riforma, ritiene che il 2497-*septies* cod. civ. si riferisca al gruppo paritetico di cui all’art. 2545 *septies* cod.

⁴⁰ In tal senso, G. F. Campobasso, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi svoltosi a Venezia il 16/19-11-1995*, I, Milano, 1996, 785 ss.

⁴¹ L’espressione è usata da P. Spada, in *L’alienazione del governo della società per azioni*, in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi svoltosi a Venezia il 16/19-11-1995*, I, Milano, 1996, 785 ss.

⁴² In ottica comparativistica, si veda R. Santagata, in *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, p. 800.

⁴³ Pervenivano altresì a tale conclusione esegetica, M. Miola, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993, 41; R. Santagata, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 13 ss.; G. Sbisà, *Società controllate e società collegate*, in *Contratto e impr.*, 1997, 342; G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 114 ss.; cfr. Cass. 27 settembre 2001, n. 12094.

⁴⁴ M. S. Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, 1995, 484 ss.; M. Lamandini, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 153 ss.; U. Tombari, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 281 ss.

⁴⁵ In tal senso R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, F. Galgano, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, I, 86 ss.; A. Irace, in *La riforma delle società. Aggiornamento commentato* a cura di Sandulli – Santoro - Sassani, Torino, 2004, 123 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

civ. il quale, diversamente dal gruppo c.d. gerarchico, è incentrato sulla concertazione e non certo sull'eterodirezione.

Un autore in particolare, ai motivi di preclusione elaborati dalla dottrina antecedente, ha aggiunto che le vicende che hanno portato alla redazione dell'art. 2497 *septies*⁴⁶ dimostrerebbero l'intenzione del legislatore di riferire la norma ai gruppi paritetici e, ancora, che tale interpretazione sarebbe suffragata da numerosi indici testuali⁴⁷.

Altri, ritenendo di poco pregio tali obiezioni, opta per l'interpretazione favorevole alla regolamentazione pattizia dell'attività di direzione e coordinamento⁴⁸.

Un autore⁴⁹ appartenente a tale filone interpretativo ha sottolineato come il quadro sistematico si sia arricchito di un'ulteriore previsione, contenuta in una legge speciale, il cui tenore letterale sembra poter sostenere la tesi favorevole. Si tratta dell'art. 23, co. I, T.u.b., introdotto con D. Lgs. n. 310/2004, il quale, nel dettare la nozione di controllo valida ai fini della materia regolata, contempla espressamente i contratti o le clausole statutarie "che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento".

Questi ha, altresì, messo in rilievo come le norme del Capo IX in tema di direzione e coordinamento richiamate dall'art. 2497 *septies* cod. civ. mal si addicono al gruppo paritetico, dove manca un rapporto di subordinazione gerarchico. Di più, aderendo alla tesi della natura vincolante delle direttive, costituirebbe un passo fisiologico l'ammetterne la disciplina pattizia.

Secondo questa ricostruzione⁵⁰ un "contratto da coordinamento gerarchico" potrà essere il punto di arrivo di un precedente rapporto di controllo ovvero potrà assurgere a momento genetico del gruppo⁵¹.

⁴⁶ E cioè il fatto che il 2497 *septies* c.c. nasce dalla separazione dell'originario secondo comma del 2496 *sexies*. L'originaria collocazione, infatti aveva favorito il sorgere di interpretazioni favorevoli al contratto di dominazione di ispirazione tedesca.

⁴⁷ Soprattutto laddove l'art. 2497-*septies* c.c. parla di esercizio dell'attività di direzione "sulla base di un contratto" e non di "diritto" di un'impresa di esercitare tale attività su un'altra "in virtù di un contratto".

⁴⁸ P. Montalenti, *I gruppi di società*, in N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso, P. Montalenti, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, Milano, 2010, p. 1047; R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 540; U. Tombari, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, P. 131.

⁴⁹ A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., p. 846.

⁵⁰ A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., p. 876.

⁵¹ Cfr., V. Cariello, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini - Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1897.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

Tale opzione sarebbe da apprezzarsi sotto il duplice profilo della fluidificazione dell'esercizio della direzione unitaria e della tutela della posizione dei soci esterni⁵².

Resta fermo l'ossequio ai limiti ordinamentali non valicabili e così, nei contratti con cui si attribuisce o regola l'esercizio del potere di direzione e coordinamento, non può disporsi della causa lucrativa delle controllate, come imposto dall'immutato tenore dell'art. 2247 cod. civ. e dalle sanzioni di cui all'art. 2497 cod. civ. estensibili anche agli amministratori della controllata.

E' fuor di dubbio che il referente delle aspettative di lucro del socio resti sempre l'attività della singola affiliata; con ciò andrebbe, *in thesi*, escluso il rischio di porre in essere i contratti di dominazione di diritto tedesco, laddove la controllata perde la propria autonomia, essendo utili e perdite assunte totalmente dalla capogruppo che diviene il vero orizzonte delle prospettive di reddito dell'azionista.

L'autonomia decisionale degli amministratori imposta dall'art. 2380-bis cod. civ. è, dunque, confermata ma nel quadro delle legittime direttive programmatiche di gruppo. L'esclusività della gestione è, dunque, nozione relativa, non assoluta⁵³.

5. Presupposti e natura dell'azione di responsabilità

Nell'esame della dinamica dei rapporti tra società appartenenti allo stesso gruppo, sembra opportuno riservare specifica attenzione alla nuova azione di responsabilità ex art. 2497 cod. civ. introdotta dalla riforma del diritto societario, e ciò benché il Tribunale di Palermo non abbia affrontato tutti i dubbi interpretativi sorti al riguardo.

L'art. 2497 cod. civ. concede ai soci di minoranza e ai creditori delle società controllate, rispettivamente per la perdita di redditività e valore della partecipazione e per la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, di agire contro la società capogruppo la quale abbia svolto la propria attività in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Ora, perché tale azione sia legittimamente esperibile devono necessariamente ricorrere alcuni requisiti che la stessa norma si premura di precisare.

Anzitutto, è necessario che la controllante abbia esercitato abusivamente la direzione, impartendo direttive pregiudizievoli alle società affiliate e violando, quindi, i principi racchiusi nella nuova clausola generale di cui all'art. 2497, co. 1, cod. civ.

Problematico è risultato, per gli interpreti, individuare un criterio di valutazione della correttezza della gestione socio-imprenditoriale. In particolare, riesce arduo segnare il limite tra libere scelte imprenditoriali, mai sindacabili ad opera del giudice

⁵² A. Valzer, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., p. 879.

⁵³ P. Montalenti, *I gruppi di società*, cit., p. 1053.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

(c.d. *business judgment rule*) e casi di violazione della corretta gestione che possano arrecare a soci e creditori i pregiudizi stigmatizzati dalla norma in oggetto⁵⁴.

Verosimilmente, la regolarità della condotta della capogruppo nei riguardi delle controllate, consisterà non solo nella correttezza delle direttive impartite ma anche nella correttezza della individuazione dei punti di equilibrio fra l'interesse proprio e quello delle controllate. E tale punto d'equilibrio può essere rinvenuto in quelle condizione in cui convergano gli interessi di tutte le società coinvolte nella strategia societaria⁵⁵.

Altra condizione di ammissibilità dell'azione di responsabilità contro la *holding* è rappresentato dall'avere, le direttive abusivamente imposte in spregio alla corretta amministrazione, causato “pregiudizio (...) alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché (...) lesione (...) all'integrità del patrimonio sociale”.

E' stato affermato che la redditività consiste nella potenzialità redditizia della partecipazione, nell'aspettativa alla remunerazione del capitale investito⁵⁶. Con l'espressione “valore della partecipazione” si intende, invece, l'aspettativa del socio al mantenimento del valore di scambio della sua partecipazione e a realizzare, ove decidesse di venderla, un adeguato controvalore in denaro⁵⁷.

Se l'azione concessa ai creditori non è che un'estensione dell'art. 2394 cod. civ. alla holding e ai suoi amministratori, quella propria dei soci presenta invece non poche peculiarità. Si tratta, infatti, di una azione diretta esercitata in nome proprio ma a riparazione di un danno soltanto riflesso, in quanto proiezione sul socio del danno subito dal patrimonio sociale. In caso di atti illegittimi commessi dagli amministratori che procurino danni alla società, com'è noto, solo quest'ultima o i suoi creditori sono legittimati all'esercizio dell'azione risarcitoria.

Non è mancato chi ha ravvisato una forte differenza di trattamento tra soci di società monadi e soci di società controllate, fattispecie invero intimamente simili⁵⁸.

Altri⁵⁹ ha rilevato che il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione potrebbe essere risarcito anche indipendentemente dalla reintegrazione del patrimonio della società controllata immediatamente danneggiata dalla controllante.

⁵⁴ Cfr. R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 542, il quale immagina si debbano applicare i medesimi criteri che hanno presieduto alla valutazione della mancata colpevole diligenza degli amministratori.

⁵⁵ Così V. Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, cit., p. 9; cfr. altresì sul punto, *Circolare ASSONIME n.44/2006*, in *Riv. soc.*, 2006, p.1112.

⁵⁶ V. Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, cit., p. 11.

⁵⁷ F. Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 1015.

⁵⁸ V. Salafia, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, cit., p. 9.

⁵⁹ R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 543.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

L'art. 2497 cod. civ. prosegue offrendo una serie di cause di esclusione della responsabilità della capogruppo. Il co. I, in particolare, sembra avere recepito la tesi di elaborazione dottrina relativa ai cc.dd. "vantaggi compensativi"⁶⁰, laddove parla di "danno (...) mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette".

Sembra preferibile ritenere che la compensazione debba apprezzarsi tra situazioni che abbiano il proprio fulcro nella società controllata, nel senso che quest'ultima deve essere destinataria tanto del danno iniziale quanto del vantaggio compensativo successivo⁶¹.

Altro punto controverso attiene al momento in cui vada verificata tale compensazione: se alla chiusura dell'esercizio in cui è stato compiuto l'atto pregiudizievole, ovvero all'uscita dal gruppo della società diretta e coordinata, ovvero al momento dell'instaurarsi di un eventuale giudizio⁶².

L'eliminazione del danno a seguito di operazioni a ciò dirette farebbe, invece, pensare ad un successivo risarcimento del danno per equivalente⁶³.

Il co. III dell'art. 2497 cod. civ. presenta un'ulteriore causa di esclusione della responsabilità e, precisamente, il fatto che soci esterni e creditori siano stati soddisfatti dalla controllata. Tale previsione è stata direttamente presa in esame nella sentenza in epigrafe.

Il Tribunale di Palermo ha riconosciuto in tale norma non la previsione di un *beneficium excussionis*, ma di un *beneficium ordinis* in favore della controllante⁶⁴.

L'unico precedente sul punto⁶⁵ aveva invece aderito a quell'orientamento dottrinario⁶⁶ per cui holding e controllata possono essere convenute in giudizio, ma il

⁶⁰ Si veda, al riguardo, il paragrafo 3.

⁶¹ V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1247; contra, nel senso che il danno provocato alla società controllata deve trovare compensazione in un vantaggio del gruppo in generale, F. Galgano, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 1033; G. Scognamiglio, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2002, p. 585 ss.

⁶² Cfr., sul punto, V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1248; P. Montalenti, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 3095; Cass., 21 gennaio 1999, n. 521, in *Giur. comm.*, 1999, p. 1529.

⁶³ Così, Panzani, *L'azione di responsabilità e il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1477.

⁶⁴ Conformemente, Tribunale di Milano 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, p. 78.

⁶⁵ Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, cit.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

patrimonio della controllante potrà essere aggredito *in executivis* solo dopo che sia stato infruttuosamente escusso quello della controllata.

Altri autori⁶⁷, invece, sembrano escludere una responsabilità solidale della società controllata la quale sarebbe, al contrario, il soggetto direttamente leso. Tale paradossale effetto, consistente nel colpire nuovamente il patrimonio sociale, li conduce a ritenere che gli attori avrebbero il solo onere di rivolgersi preventivamente alla controllata al fine di consentire alla controllante di trasferire le risorse necessarie a far fronte alle pretese risarcitorie. Un orientamento⁶⁸, in particolare, ritiene di dover attribuire alla norma una funzione “organizzativa”, in quanto volta a consentire alla controllante di precludere la possibilità di agire in giudizio trasferendo alla controllata le risorse sufficienti al risarcimento del preteso danno; in quest’ottica, il socio o il creditore non sarebbero tenuti ad esperire alcuna azione avverso la controllata, dovendo semplicemente dimostrare di non avere ricevuto dalla stessa alcun indennizzo.

In conclusione, seppur il Tribunale di Palermo, non abbia colto l’occasione per assumere una posizione sulla controversa questione, mette conto indagare quale sia la natura della responsabilità sancita all’art. 2497 cod. civ.⁶⁹.

Secondo un primo orientamento⁷⁰ si tratterebbe, mutuando le parole della Relazione di accompagnamento, di una responsabilità “di stampo aquiliano”. Tale ricostruzione, partendo dall’assunto che l’attività di direzione e coordinamento si fonderebbe su un rapporto di fatto e non sarebbe attuazione di un rapporto giuridico, si fonda sul principio generale del *neminem laedere*, quale limite negativo all’esercizio dell’attività di eterodirezione, escludendo che il dovere di corretta gestione possa essere ricondotto al dovere contrattuale di buona fede.

⁶⁶ F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies*, in *Commentario al codice civile Scialoja – Branca* a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 2005, p. 119; G. Guizzi, *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 454 ss.

⁶⁷ G. Scognamiglio, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, cit., p. 592; V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1257.

⁶⁸ P. Montalenti, *I gruppi di società*, cit., p. 1066.

⁶⁹ Sul tema cfr. S. Giovannini, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.

⁷⁰ F. Galgano, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubb. econom.*, diretto da F. Galgano, II ed., I, Milano, 2004, p.190; G. Sbisà, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 591 ss.; A. Bassi, *La disciplina dei gruppi*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario* a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 199 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

Su un diverso piano si colloca, invece, chi⁷¹, sulla scorta di un ormai consolidato insegnamento della Suprema Corte⁷² per cui la violazione di una preesistente obbligazione, anche se non derivante da contratto, postula una responsabilità contrattuale, inquadra in quest'ultimo istituto la fattispecie sanzionata dall'art. 2494 cod. civ. Anche a non ritenere, dunque, che tra controllante e controllata non sussista un rapporto giuridico ma solo di fatto, sorgerebbe comunque un "contatto sociale" foriero di obblighi di correttezza specifici.

Altri autori⁷³, in via intermedia e forse più realisticamente, optano per qualificare come aquiliana la responsabilità della capogruppo verso i creditori della controllante, mancando ogni relazione diretta tra essi, e ritengono invece di stampo contrattuale la responsabilità della controllante verso i soci esterni della controllata, a favore dei quali si configurano degli obblighi fiduciari di protezione.

⁷¹ A. Badini Confalonieri – R. Ventura, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2496 ss.; F. Guerrera, *la responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 319; A. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., p. 776 ss.; M. Rescigno, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria tra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 331.

⁷² Cass., 6 marzo 1999, in *Giur. it.*, 2000, I, 770 ss.

⁷³ O. Cagnasso, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei creditori della società eterodiretta*, in *Il fallimento*, 2008, p. 1440; R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., p. 545; a favore della qualificazione come aquiliana della responsabilità della capogruppo verso i creditori della controllata si è espressa la scarsa giurisprudenza di merito che ha avuto modo di pronunciarsi sul punto, v. Tribunale di Napoli, decr. 26 maggio 2008, in *Il fallimento*, 2008, 1435 ss.; Tribunale di Pescara, 2 febbraio 2009, cit.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Crisi da sovraindebitamento – La L. 17 febbraio 2012, n. 10, ha convertito il D. L. 22 dicembre 2011, n. 212, abrogando la disciplina ivi contenuta della composizione della crisi da sovraindebitamento, materia ora regolata in via esclusiva dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3, (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 3/2012 di questa *Rivista*).

La L. 17 febbraio 2012, n. 10, in vigore dal 21 febbraio 2012, è stata pubblicata su *Gazzetta Ufficiale*, 20 febbraio 2012, n. 42.

Diritto societario europeo – È stato diffuso, a cura della Commissione europea, un documento di consultazione pubblica concernente alcuni possibili, futuri, sviluppi del diritto societario europeo, in particolare in tema di forme giuridiche di società nell'Unione europea, trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società, operazioni straordinarie transfrontaliere, gruppi di imprese.

Il documento, in consultazione dal 20 febbraio al 14 maggio 2012, è reperibile al *link* <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=companylaw2012>, oppure sul sito www.assonime.it.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSIREVI

Liste di controllo per l'informativa di bilancio degli intermediari finanziari – L'Assirevi ha pubblicato il *Quaderno n. 6* avente ad oggetto le *check lists* applicabili alle informazioni integrative dei bilanci di banche, intermediari finanziari, SIM, SGR ed assicurazioni, aggiornate alla normativa ed ai principi contabili vigenti. Obiettivo delle liste di controllo è quello di “*rappresentare un utile strumento di sintesi non solo per coloro che svolgono attività di revisione contabile, ma anche per coloro che sono direttamente coinvolti nel processo di redazione del bilancio*”.

Il testo del *Quaderno n. 6*, nonché i relativi allegati, sono disponibili sul sito dell'Assirevi: www.assirevi.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

CNDCEC

Recesso del professionista per morosità del cliente – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha precisato che, *ex art. 2237 c.c.*, il professionista può esercitare il diritto di recesso qualora sussista una giusta causa ed evitando di “*arretrare ulteriore pregiudizio al cliente*”, potendosi ritenere giusta causa, così come stabilito in giurisprudenza, “*l’inutilizzo sistematico dei pareri forniti dal professionista*” e “*la mora del cliente nel corrispondere il compenso*”. Conseguentemente, il CNDCEC ritiene possibile concordare con il cliente “*l’inserimento nel mandato professionale di apposita clausola che preveda il recesso del professionista allo scadere di un termine congruo dall’emissione della parcella se questa non venga onorata entro detto termine*”, purché “*l’esercizio del diritto di recesso da parte del professionista*” non arrechi “*pregiudizi al cliente, garantendo a questi, attraverso tempestiva comunicazione, la possibilità di sostituire l’iscritto con altro collega nello svolgimento delle prestazioni ancora in essere*”.

Pronto ordini CNDCEC del 14 febbraio 2012, n. 367.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Scioglimento e liquidazione nelle società di capitali – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha pubblicato lo Studio n. 186-2011/I, incentrato sulla gestione dell’impresa sociale nelle fasi di scioglimento e liquidazione delle società di capitali – con particolare riguardo ai poteri, rispettivamente, degli amministratori e dei liquidatori in tali circostanze – nonché in caso di eventuale revoca dello stato di liquidazione. Inoltre, si approfondisce “*la composizione dell’organo di liquidazione*”, distinguendo tra società per azioni e società a responsabilità limitata.

Il testo dello Studio n. 186-2011/I, diffuso il 24 febbraio 2012, è disponibile sul sito www.notariato.it.

GIURISPRUDENZA

Concordato preventivo e relazione dell’attestatore *ex art. 161 L.F.* – Oggetto del giudizio è l’opposizione, avverso il decreto del giudice delegato di rigetto dell’istanza di insinuazione al passivo, presentata dall’attestatore *ex art. 161 L.F.* di un concordato preventivo poi sfociato in fallimento. Il Tribunale di Firenze, nel caso di specie, ha ritenuto la pretesa infondata, in quanto questi non avrebbe redatto la relazione *ex art. 161 L.F.* “*con la richiesta diligenza professionale*”. I giudici di merito tracciano “*i canoni comportamentali gravanti*” sull’attestatore, sottolineando la sua funzione di garanzia circa i dati “*di partenza*” e “*di arrivo*” del piano proposto dal debitore nel concordato preventivo, non tanto con riferimento ai dati ricavabili da bilancio o dalle scritture contabili, quanto piuttosto a quelli patrimoniali e finanziari “*desunti dalla realtà stessa dell’azienda, come indagata e verificata dall’attestatore*”, così da pervenire ad un giudizio di “*concreta verosimiglianza*” sulla proposta del debitore.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Il decreto del Tribunale di Firenze, 9 febbraio 2012, è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

False comunicazioni sociali – Per la Suprema corte, integra il reato di cui all'art. 2622 c.c. l'amministratore che apposta nel patrimonio netto, tra le "*riserve in conto copertura perdite*", i versamenti effettuati dai soci "*a titolo di anticipazioni*", senza alcuna delibera assembleare che approvi una tale destinazione. Siffatta situazione induce "*i terzi destinatari delle situazioni di bilancio in errore facendo risultare un indebitamento minore di quello reale*".

Corte di Cassazione penale, 28 febbraio 2012, n. 7787.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

T.U.I.R. – Trasferimento all'estero e plusvalenze latenti, prelievo sospeso - Il tanto discusso D. L. "liberalizzazioni" prevede all'art. 91 una importante modifica della disciplina del trasferimento all'estero della residenza. E' stato introdotto il comma 2 *quater* all'art. 166 del Tuir, in base al quale i soggetti che trasferiscono la residenza dal territorio italiano verso altri Stati della UE, o altri Stati aderenti all'accordo sullo spazio economico europeo, possono richiedere ed ottenere la sospensione dell'imposta dovuta sui componenti positivi di reddito "latenti".

(D. L. n.1 del 24 gennaio 2012, art. 91)

Evasione – Intesa Italia per l'applicazione delle norme USA contro l'evasione -

Nell'ambito della lotta all'evasione fiscale internazionale, l'Italia, la Francia, la Germania, la Spagna, il Regno Unito e gli Stati Uniti, hanno dichiarato di voler adottare un approccio intergovernativo finalizzato all'applicazione del *Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA)* attraverso obblighi dichiarativi nazionali e reciproco scambio automatico di informazioni basato sulle convenzioni contro le doppie imposizioni attualmente vigenti.

(Comunicato del Ministero dell'Economia e delle Finanze)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

IVA e imposte dirette: nuovamente allineate le soglie dei ricavi - Con l'art. 7, comma 2, lettera m), del "decreto sviluppo", era stato modificato l'art. 18 del D.P.R. 600/73, prevedendo in sostanza un innalzamento delle soglie di ricavi per l'accesso al regime di contabilità semplificata. Invariati, invece, erano rimasti i limiti previsti dall'art. 7 del D.P.R. 542/99 che consentono ai contribuenti minori di effettuare le liquidazioni Iva con periodicità trimestrale. Tale asimmetria normativa è stata risolta con la "legge di stabilità 2012" la quale ha previsto che i limiti per le liquidazioni trimestrali Iva sono i medesimi di quelli fissati per il regime di contabilità semplificata. L'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione 15/E ha chiarito che il termine "limiti", utilizzato nella legge citata, debba essere riferito esclusivamente al volume d'affari

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

costituito dall'ammontare complessivo delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi realizzate nell'anno, e non già all'importo dei ricavi.

(Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 15/E del 13/02/2012)

Scudo fiscale – il prelievo slitta a data da definire - Il termine del 16 febbraio, originariamente previsto, per il versamento dell'imposta sulle attività oggetto di scudo fiscale, è stato prorogato all'emanazione del primo provvedimento legislativo utile. A prevalere, dunque, sono state le ragioni degli intermediari finanziari, chiamati ad espletare tale compito per conto dei loro clienti. Il Ministero precisa, inoltre, che sarà lo stesso provvedimento in via di emanazione, a stabilire che i versamenti non effettuati fino alla data di entrata in vigore della proroga non configureranno alcuna violazione.

(Ministero dell'economia e delle finanze, Comunicato n. 17 del 15 febbraio 2012)

GIURISPRUDENZA

Notifica eseguita a mezzo posta. Prorogata la scadenza se cade di sabato - Il termine di 10 giorni previsto per la "compiuta giacenza", ai sensi dell'art. 8, comma 4, legge 890/1982, è da ritenersi compreso nei termini per il compimento di atti processuali svolti fuori dall'udienza (art. 155, comma 5 c.p.c.), essendo stabilito nell'ambito del procedimento preordinato alla notificazione di atti inerenti al processo. Conseguentemente, se tale termine scade nella giornata di sabato, la scadenza slitta di diritto al primo giorno successivo non festivo.

(Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza n. 1418 dell'1 Febbraio 2012)

Contenzioso: quello sul reddito dell'impresa precede quello sull'Irpef - Ai fini della decisione sulla fondatezza dell'accertamento eseguito nei confronti di un socio, è necessario attendere che il contenzioso con la sua società venga definito. Pertanto, il giudice deve sospendere il giudizio nei confronti della persona fisica ed attendere che la sentenza nei confronti della società passi in giudicato. Questo è quanto stabilito dalla Suprema Corte, la quale ha riaffermato che il principio della sospensione necessaria del processo si applica anche in ambito tributario, in presenza di due contenziosi legati tra loro dal nesso di pregiudizialità.

(Corte di Cassazione, ordinanza n. 1867 dell' 8 Febbraio 2012)

Accertamento con adesione – viene meno anche il reato penale - A stabilirlo, sono stati i giudici della Suprema Corte, terza sezione penale, con la sentenza n. 5640 depositata il 4 febbraio 2012. Più precisamente, affermano i giudici che se, a seguito di accertamento con adesione, l'ammontare dell'imposta evasa scende al di sotto della soglia penalmente rilevante, non vi è più violazione penale e, dunque, viene meno l'illecito ed il sequestro.

(Corte di Cassazione, sentenza n. 5640 del 4 Febbraio 2012)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Accertamento con adesione – oltre alla forma occorre la sostanza della richiesta -

L'istanza di accertamento con adesione prodotta dal contribuente al solo fine di usufruire di un termine di impugnazione più lungo rispetto a quello ordinario, è assolutamente ininfluente ai fini della sospensione di 90 giorni dei termini per proporre ricorso. Si richiede dunque una reale intenzione di instaurare un dialogo concreto con l'Ufficio al fine di ottenere una revisione della pretesa fiscale.

(*CTR Venezia, sentenza 154/22/2011*)

OSSERVATORIO COMUNITARIO

Frodi IVA e scambio automatico di informazioni tra Stati membri - Sembra chiaro lo spirito del nuovo regolamento di esecuzione n. 79/2012 e cioè quello di migliorare lo scambio di informazioni tra Stati membri al fine di ottenere un valido strumento per combattere a fondo le frodi nell'ambito dell'imposta sul valore aggiunto. In vista del raggiungimento dell'obiettivo, ogni Stato è tenuto a specificare nel dettaglio le informazioni oggetto di scambio, rispettando inoltre le modalità pratiche e le periodicità fissate per tali scambi. La trasmissione delle informazioni si realizza grazie all'ausilio delle amministrazioni fiscali.

(*Regolamento di esecuzione, n. 79/2012*)

IVA - Si considerano anche le spese relative a beni ad uso promiscuo - I giudici europei si sono espressi nel senso di non ammettere una normativa tributaria, come quella di cui alla causa in esame, che non tenga debitamente conto dell'uso promiscuo del bene aziendale ai fini del calcolo dell'Iva. Un metodo di calcolo forfettario, come quello della normativa olandese, non può disattendere il principio di proporzionalità, nel senso che tale determinazione forfettaria deve essere necessariamente proporzionata all'importanza dell'uso privato del bene aziendale.

(*Corte di Giustizia UE, sentenza del 16 Febbraio 2012, causa C- 594/10*)

Direttiva 69/335 - Imposta sui conferimenti - Gli eurogiudici, con una recente pronuncia, hanno affermato che l'art. 5, par. 3 della Direttiva 69/335, che esclude dalla base imponibile l'ammontare relativo ai beni propri della società di capitali che sono destinati all'aumento del capitale sociale e che sono già stati sottoposti all'imposta sui conferimenti", deve essere interpretato nel senso che è da ritenersi applicabile tanto se trattasi di beni della società il cui capitale è aumentato, quanto se trattasi di beni che provenendo da un'altra società vanno ad aumentare tale capitale.

(*Corte di Giustizia UE, sentenza del 16 Febbraio 2012, causa C- 372/10*)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Le operazioni esenti rientrano nel calcolo del pro-rata IVA - Ad affermarlo sono stati i togati europei nell'ambito di un procedimento che riguardava il confronto tra la normativa portoghese e la normativa comunitaria in ambito IVA. Secondo la normativa del Portogallo, nel calcolo del pro-rata IVA non si considerano, nel conteggio delle imposte sostenute a monte, quelle riguardanti i settori di attività esenti dall'imposta. I Giudici comunitari si sono espressi nel senso di ritenere incompatibile la normativa nazionale con le disposizione in materia di sesta direttiva IVA. Pertanto, ai fini del calcolo del pro-rata di detraibilità si deve tener conto sia dell'Iva versata a monte riferibile alle attività imponibili sia di quella riferibile ad attività esenti dall'imposta. *(Corte di Giustizia UE, sentenza del 16 Febbraio 2012, causa C- 25/11)*

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120, 00
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

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

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per inform azioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

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

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

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