

Anno 14 – Numero 19

19 ottobre 2016

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

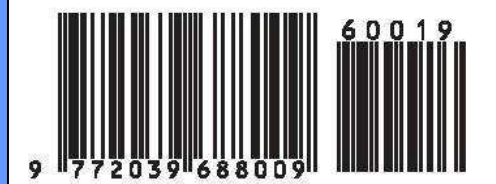
COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- Istituto di composizione della crisi
- Impugnazione delle delibere societarie
- Contratto pubblico di appalto

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



9 772039 688009

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:



SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, 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)

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidi, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Barbara Burchi, Paola Malanetto, Gloria Millepezzi, Bartolomeo Quattraro

I saggi pubblicati sotto la rubrica "Studi e Opinioni", quando espressamente indicato, sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari appartenenti al Comitato scientifico dei referee, competenti nei vari settori scientifici oggetto della Rivista.

La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori.

Ogni scritto è accompagnato da un abstract in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in: inglese; francese; spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
DIRITTO FALLIMENTARE	
<i>Gli istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere</i>	7
di Bartolomeo Quatraro e Barbara Burchi	
STUDI E OPINIONI	
<i>Azione di annullamento di delibere societarie: regole procedurali di diritto comune e disciplina speciale delle autorità di vigilanza</i>	33
di Gloria Millepezzi	
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA	
<i>Gli appalti pubblici</i>	54
di Paola Malanetto	
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	67
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	72

SOMMARIO

DIRITTO FALLIMENTARE

Gli istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere

Il saggio illustra gli istituti di composizione della crisi nell'ambito del diritto comunitario e del diritto internazionale nonché nel contesto di vari ordinamenti stranieri (Stati Uniti, Germania, Spagna, Portogallo, Belgio, Francia).

di **Bartolomeo Quatraro e Barbara Burchi**

STUDI E OPINIONI

Azione di annullamento di delibere societarie: regole procedurali di diritto comune e disciplina speciale delle autorità di vigilanza

L'articolo prende in esame l'azione di annullamento delle delibere societarie esercitata dalle autorità di vigilanza, affrontando le problematiche derivanti dal coordinamento della normativa speciale di riferimento (TUB e TUF) con le regole generali di cui agli artt. 2377 ss. c.c.. In ragione del particolare ruolo istituzionale ricoperto da questo tipo di parti attrici, i nodi problematici e le criticità con cui deve confrontarsi qualsiasi soggetto impugnante – rispetto dei termini di decadenza, permanenza dell'interesse ad agire fino all'esito del giudizio, contenuto della domanda e dell'eventuale istanza cautelare, arbitrabilità della controversia... – emergono in maniera ancora più marcata e si rivelano motivo di dibattiti tuttora aperti.

di **Gloria Millepezzi**

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

Gli appalti pubblici

L'Autrice, Giudice presso il TAR Piemonte, prende a pretesto la normativa sui contratti pubblici di appalto (d.lg. n. 163/2006 e del d.pr. n. 207/2010), per illustrare le ragioni dell'intervento del giudice amministrativo nella contrattualistica pubblica (casi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e delle revoche illegittime). In particolare prende in esame le ipotesi di una possibile giurisdizione del giudice amministrativo successive alla conclusione del contratto.

Avverte il lettore che lo scritto è stato elaborato alla luce del d.lg. n. 163/2006 e del dpr. n. 207/2010.

di **Paola Malanetto**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
BANKRUPTCY LAW	
The instruments of “composizione della crisi d'impresa” in some foreign legal systems	7
<i>The essay illustrates the instruments of “composizione della crisi d'impresa” in European Law and International Law as well as in the context of various foreign legal systems (the US, Germany, Spain, Portugal, Belgium, France).</i>	
by Bartolomeo Quatraro and Barbara Burchi	
 STUDIES AND OPINIONS	
Action for annulment of company shareholders’ decisions: procedural ordinary rules and the special procedure of the Supervisory Authorities	33
<i>The paper focuses on the difficulties that some national surveillance agencies (acting in the trade and banking sector in Italy) face whenever they take the legal action aimed at getting the annulment of shareholders’ resolutions. The procedure that these specific plaintiffs must comply with are the result of the correct integration and combination of sectoral and general rules: as a result, debates and doubts concerning the applicable discipline are far from being solved. Indeed, the following pages try to highlight the main procedural problems featuring these actions of annulment, due to the peculiar role that the authorities cover in the markets.</i>	
by Gloria Millepezzi	
 PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES	
Public procurement	54
<i>The author, Judge at the TAR Piemonte, moving from the legislation on public procurement contracts (legislative decree. n. 163/2006 and d.pr. n. 207/2010), explains the reasons for the intervention of the administrative courts in public contracts (cases of pre-contractual liability of public administration and the illegal revocation). In particular, she examines the hypothesis of a possible jurisdiction of administrative courts following the conclusion of the contract. She warns the reader that the script was drafted in the light of the legislative decree n. 163/2006 and dpr. n. 207/2010.</i>	
by Paola Malanetto	

DIRITTO FALLIMENTARE

(A CURA DI LUCIANO PANZANI)

GLI ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA IN ALCUNE LEGISLAZIONI STRANIERE

Il saggio illustra gli istituti di composizione della crisi nell'ambito del diritto comunitario e del diritto internazionale nonché nel contesto di vari ordinamenti stranieri (Stati Uniti, Germania, Spagna, Portogallo, Belgio, Francia).

di **BARTOLOMEO QUATRARO** e **BARBARA BURCHI**

I. PREMESSA

Nell'ambito della società moderna, fortemente orientata alla globalizzazione dei mercati, sono sempre più crescenti le implicazioni transfrontaliere dell'attività delle imprese che, come tali, comportano una maggiore diffusione delle insolvenze su più territori

Infatti, per quanto riguarda le società multinazionali, mentre, finché il gruppo era in buona salute, le diverse società potevano giovare della direzione comune della capogruppo, al verificarsi della crisi, e cioè nel momento in cui il coordinamento sarebbe più necessario, vengono ad essere assoggettate a regole diverse¹.

E' quindi notevolmente sentita l'esigenza di evitare conflitti potenziali tra giurisdizioni, la sovrapposizione tra procedure, il trasferimento di beni o procedimenti da uno stato all'altro per ottenere un trattamento legale migliore (c.d. *forum shopping*), nonché la necessità di favorire la circolazione dei provvedimenti in materia di insolvenza e di tutelare la certezza delle transazioni soggette alle leggi di Stati diversi da quello di apertura della procedura².

E', per l'appunto, per soddisfare tali esigenze che, da un lato, si sono diffuse varie convenzioni internazionali tra i vari Stati e sono stati adottati regolamenti volti a fornire una disciplina uniforme dell'insolvenza transfrontaliera e, dall'altro lato, si sta gradualmente lavorando per l'armonizzazione della disciplina dell'insolvenza nell'ambito delle legislazioni nazionali.

¹In questo senso, testualmente, LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Ed. Ipsoa 2008, 1937.

² Il rilievo è di CORNO, *Il regolamento CE sull'insolvenza*, Intervento nel Convegno "La riforma del diritto fallimentare. Problemi e prospettive", Torino 21 aprile 2008.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

A tale ultimo riguardo si stanno raggiungendo alcuni principi di carattere uniforme: ad esempio, è comunemente venuta meno l'idea del fallimento come procedimento sanzionatorio nei confronti di un imprenditore "non meritevole" e si è, di contro, fatta strada l'opportunità di incentivare, ove possibile, la continuazione dell'attività aziendale.

II. IL DIRITTO COMUNITARIO

Il Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 1346/2000, pubblicato in G.U.C.E. 30 giugno 2002, come successivamente modificato, costituisce il quadro legislativo per le procedure di insolvenza in ambito comunitario.

La **finalità** di tale Regolamento viene indicata nelle sue premesse: *"le attività delle imprese presentano in maniera crescente implicazioni transfrontaliere e dipendono pertanto sempre più da norme di diritto comunitario. Poiché anche l'insolvenza di tali imprese incide sul corretto funzionamento del mercato interno, vi è necessità di un atto comunitario che imponga di coordinare i provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente"*³.

Peraltro, sempre secondo lo stesso Regolamento *"è necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica ('forum shopping')"*.

A norma dell'articolo 1 del Regolamento, lo stesso si applica alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del **debitore** (sia esso persona fisica o giuridica e che eserciti un'attività commerciale o non) che comportino lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore e a condizione che l'insolvenza abbia carattere transnazionale.

Vengono espressamente escluse le procedure di insolvenza che riguardano le imprese assicuratrici, gli enti creditizi e le imprese di investimento.

Le procedure concorsuali alle quali si applica il Regolamento vengono espressamente indicate, per ciascuno Stato membro, nell'Allegato A; per quanto

³ CHERUBINI (*La guida operativa relativa alle procedure d'insolvenza transnazionali disciplinate dal Regolamento UE 1346/2000 ed il protocollo d'intesa sottoscritto tra professionisti italiani e francesi: prime riflessioni*, in *Rassegna forense* n. 2/2010, 284) fa rilevare che *"l'obiettivo dichiarato del Regolamento 1346/2000 è quello di porre le basi per una normativa uniforme a livello comunitario dell'insolvenza transfrontaliera, agendo principalmente su tre fronti: - l'individuazione dell'autorità competente ad aprire una procedura di insolvenza; - l'individuazione del diritto applicabile; - il comune riconoscimento negli Stati membri della decisione di aprire una procedura di insolvenza assunta nell'ambito di uno di essi"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

riguarda l'Italia, vengono elencati il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.

Il Regolamento, in sostanza, disciplina, tra gli altri, i tre aspetti fondamentali della cooperazione giudiziaria e, cioè, la competenza internazionale, la legge applicabile ed il riconoscimento della procedura di insolvenza nell'ambito degli Stati membri.

Quanto alla **competenza**, l'articolo 3 del Regolamento stabilisce che sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro di interessi principali del debitore⁴, precisando che per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede sociale.

Inoltre, lo stesso articolo prevede che se il centro di interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato, i giudici di un altro Stato sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza⁵ nel territorio di tale altro Stato, con effetti limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio e senza dover preventivamente procedere all'accertamento dello stato di insolvenza.

Se è già aperta una procedura principale, la procedura territoriale è qualificata come "secondaria".

In due casi soltanto la procedura secondaria può aprirsi prima di quella principale: 1) nel caso in cui, in forza della legge nazionale dello stato ove si trova il centro degli interessi principali del debitore, non possa aprirsi una procedura di insolvenza principale; 2) nel caso in cui l'apertura della procedura secondaria venga richiesta da un creditore che abbia la propria sede nello Stato membro in cui è situata la dipendenza del debitore, oppure che vanti un credito dipendente dall'esercizio di tale dipendenza.

Tuttavia, la procedura principale avrà carattere tendenzialmente universale, mentre la procedura secondaria produrrà solamente effetti territoriali⁶.

⁴ Secondo il XIII Considerando, per "centro degli interessi principali" si dovrebbe intendere il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile ai terzi, la gestione dei suoi interessi.

⁵ Secondo l'articolo 2, lettera h) del Regolamento, per "dipendenza" si intende qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni.

⁶CHERUBINI (*La guida operativa relativa alle procedure d'insolvenza transnazionali disciplinate dal Regolamento UE 1346/2000 ed il protocollo d'intesa sottoscritto tra professionisti italiani e francesi: prime riflessioni*, in *Rassegna forense* n. 2/2010, 291) ha rilevato che "le procedure secondarie, per il modo in cui sono strutturate e sono coordinate con quella principale, nell'applicazione pratica del Regolamento, talvolta hanno rappresentato un depotenziamento di quest'ultima, attesa la possibilità di aprirne un numero indefinito e

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Il successivo articolo 4 stabilisce in generale che, salvo disposizione contraria del medesimo Regolamento, si applica alla procedura **la legge dello Stato** nel cui territorio viene aperta la procedura.

Sempre con riferimento alla legge applicabile, tuttavia, gli articoli da 5 a 14 del Regolamento stabiliscono regole particolari per alcuni determinati rapporti giuridici (diritti reali dei terzi, compensazione, riserva di proprietà, contratto relativo a un bene immobile, sistemi di pagamento e mercati finanziari, contratti di lavoro, diritti soggetti a trascrizione in pubblici registri, brevetti e marchi comunitari, atti pregiudizievoli, tutela del terzo acquirente).

L'articolo 15 del Regolamento stabilisce che gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è spossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente.

Sulla base dell'articolo 16, poi, la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro è **riconosciuta** in tutti gli altri Stati membri -automaticamente e, quindi, senza un procedimento di delibazione- non appena essa proceda effetto nello Stato in cui la procedura è aperta.

Uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro o di eseguire una decisione presa nell'ambito di detta procedura, qualora il riconoscimento o l'esecuzione possano produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai principi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione.

Una volta emessa la decisione di apertura di una procedura principale in uno Stato membro, resta esclusa la possibilità di aprire un'altra procedura principale in altri Stati membri, potendosi soltanto aprire una procedura secondaria, senza necessità di accertare lo stato di insolvenza (c.d. principio di priorità).

Quanto ai **conflitti di giurisdizione** tra vari Stati membri, per il principio di priorità sopra descritto, quello positivo resterebbe escluso in radice dall'apertura della procedura principale, mentre il Regolamento nulla dice in merito al conflitto negativo di giurisdizione, che andrà quindi risolto sulla base delle singole legislazioni nazionali.

considerato che ogni procedura seguirà la normativa locale, con conseguente possibile violazione della par condicio credito rum, potendo ogni creditore ricevere una soddisfazione diversa del proprio credito in base al Paese nel quale si trova. Tali problemi possono essere risolti attraverso l'utilizzo di un permeante coordinamento fra le varie procedure, in particolar modo per quanto riguarda i rapporti intercorrenti tra i diversi curatori".

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Tuttavia, potrebbe in concreto verificarsi un **conflitto positivo di giurisdizione** nell'ipotesi in cui vi sia contrasto in merito all'individuazione del "centro di interessi principale"⁷.

Un caso di questo genere è per l'appunto avvenuto nella vicenda Eurofood.

Quest'ultima era una società di diritto irlandese avente la propria sede legale a Dublino, che era controllata al 100% dalla società italiana Parmalat e che forniva agevolazioni di finanziamento alle società del gruppo Parmalat.

Il 24 dicembre 2003, la Parmalat veniva sottoposta, in Italia, alla procedura di amministrazione straordinaria.

Nel contempo, su domanda presentata il 27 gennaio 2004 dalla Bank of America, finalizzata ad ottenere una procedura di liquidazione coatta (*compulsory winding up by the Court*) nei confronti di Eurofood, la High Court irlandese apriva tale procedura.

Il 9 febbraio 2004, Eurofood veniva sottoposta in Italia alla procedura di amministrazione straordinaria.

Ne nasceva un conflitto di giurisdizione, in quanto il Tribunale di Parma, ritenendo che l'attività di direzione e, quindi, il centro degli interessi principali di Eurofood si trovasse in Italia, riconosceva la propria competenza a dichiarare lo stato di insolvenza, mentre la High Court riteneva, da parte sua, che la procedura di insolvenza fosse stata aperta in Irlanda e che tale procedura fosse quella principale, avendo Eurofood la propria sede a Dublino.

Sul conflitto così creato si è pronunciata la Corte di Giustizia della Comunità Europea che, con sentenza del 2 maggio 2006⁸, ha dichiarato che quando il debitore è una società controllata la cui sede legale è situata in uno Stato membro diverso da quello nel quale ha sede la sua società madre, la presunzione secondo la quale il centro degli interessi principali coincide con la sede legale può essere superata in presenza di elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi che dimostrino che il centro effettivo degli interessi principali non corrisponde in realtà con la sede legale; al riguardo, secondo la Corte, quando il centro degli interessi principali si trova nello Stato in cui la controllata ha la propria sede legale, non vale a superare la predetta presunzione il fatto

⁷CHERUBINI (*La guida operativa relativa alle procedure d'insolvenza transnazionali disciplinate dal Regolamento UE 1346/2000 ed il protocollo d'intesa sottoscritto tra professionisti italiani e francesi: prime riflessioni*, in *Rassegna forense* n. 2/2010, 291) fa rilevare che "la stessa nozione di 'interessi principali' è piuttosto vaga e si presta a diverse interpretazioni; peraltro, proprio a causa dell'equivocità della definizione, si è già verificato che più Stati si siano ritenuti competenti ad aprire la procedura d'insolvenza transfrontaliera, generando un conflitto positivo di giurisdizione, mentre non si sono avuti casi noti in cui si siano dichiarati incompetenti, dando luogo a un conflitto negativo di giurisdizione".

⁸ CGCE 2 maggio 2006, C 341/04, in *Guida al diritto*, 2006, 20, 113.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro.

Inoltre, la Corte ha stabilito che, sulla base del principio di fiducia reciproca (c.d. *full faith and credit*), la decisione di apertura di una procedura principale aperta da un giudice di uno Stato membro deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri, senza che questi ultimi possano autonomamente verificare la competenza dello Stato di apertura.

Tale soluzione attribuisce, invero, ai giudici dello Stato membro un'ampia discrezionalità nello stabilire la sussistenza, nel caso concreto, di quegli elementi oggettivi e riconoscibili da terzi idonei a superare, o meno, la presunzione di coincidenza della sede legale con il centro principale di interessi⁹.

Anche la giurisprudenza nazionale si è uniformata ai medesimi principi sopra esposti: secondo una sentenza della Cassazione del 2009¹⁰, infatti, si deve presumere che, salvo prova contraria, il centro di interessi principali coincida con il luogo dove si trova la sede statutaria; ove però, anteriormente alla presentazione dell'istanza di fallimento, la società abbia trasferito all'estero la propria sede legale, e tale trasferimento appaia fittizio, non avendo ad esso fatto seguito l'esercizio di attività economica nella nuova sede, né lo spostamento presso di essa del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa, permane la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento.

E, ancora, secondo Cass. Civ., Sez. Un., 14 aprile 200, n. 9743¹¹, l'apertura della procedura concorsuale principale è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la dichiarazione è avvenuta, senza che ai giudici degli altri Stati membri sia data la possibilità di sottoporla a valutazione.

III. IL DIRITTO INTERNAZIONALE

Parallelamente a quanto il Regolamento del Consiglio dell'Unione Europea n. 1346/2000 prevede a livello comunitario, in ambito internazionale esiste un modello di legge, la *Model law on Cross-border Insolvency*, al quale i legislatori nazionali possono, se del caso (e, quindi, del tutto volontariamente¹²), uniformarsi nell'ipotesi di insolvenze transfrontaliere.

⁹ Secondo Cass. Civ., Sez. Un., 20 maggio 2005, n. 10606 (in *Riv. dir. internaz.*, 2005, 1137), non contenendo il regolamento una definizione del centro degli interessi principali, è compito del giudice nazionale stabilire quale sia in concreto la sede effettiva della società, alla stregua del proprio ordinamento, ma salvaguardando l'esigenza di una applicazione uniforme.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398, in *Giust. Civ. mass.*, 2009, 5, 784.

¹¹ In *Giust. Civ. mass.*, 2008, 4, 571.

¹² Al riguardo LO CASCIO (*Codice commentato del fallimento. Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Ed. Ipsoa 2008, 1943) rileva che "l'armonizzazione può

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

La caratteristica principale della *Model law* è la *flexibility*, ossia la possibilità, per le legislazioni nazionali, di recepirne il testo, con tutte le modifiche che si rendessero opportune al fine di adeguarlo alle esigenze del singolo Stato¹³.

Quindi, la differenza principale tra la *Model law* ed il Regolamento comunitario è che la prima deve essere recepita, di volta in volta, da ogni Stato, mentre il secondo detta già una disciplina uniforme e vincolante per tutti gli Stati europei che vi hanno aderito.

La *Model law* regola il **riconoscimento** di una procedura d'insolvenza da parte dello Stato di recepimento, quando ricorrono, alternativamente, le seguenti condizioni:

- a) è richiesta assistenza nello Stato da parte di un giudice straniero o dal rappresentante straniero di una procedura aperta all'estero;
- b) è richiesta assistenza nello Stato in connessione con un procedimento aperto nello Stato stesso;
- c) nei confronti dello stesso debitore sono pendenti contemporaneamente un procedimento all'estero e nello Stato;
- d) i creditori o altri soggetti interessati in uno Stato straniero hanno interesse all'apertura di un procedimento nello Stato o a partecipare a tale procedimento.

Quindi, la parte più importante della disciplina è dedicata alla possibilità di ottenere il riconoscimento di una procedura aperta all'estero.

Quanto alle caratteristiche della procedura straniera in relazione alla quale la *Model law* ammette il riconoscimento sono sostanzialmente analoghe a quelle richieste dal Regolamento n. 1346/2000, salvo che per il requisito dell'insolvenza, atteso che la *Model law* si riferisce più genericamente alla riorganizzazione o alla liquidazione dell'impresa. A differenza del Regolamento n. 1346/2000, la *Model law* non contiene un elenco delle procedure che, individuate Stato per Stato, possano formare oggetto di riconoscimento.

Secondo le previsioni della *Model law*, il riconoscimento può avvenire come procedura principale (*main proceeding*) o come procedura secondaria (*no main proceeding*), con la precisazione che, in linea con quanto dispone il Regolamento, anche per la *Model law* una procedura è da considerarsi principale se è stata aperta in uno Stato dove il debitore ha il centro dei suoi interessi principali (C.O.M.I., *Le. Center Of Main Interests*); la procedura è, invece, secondaria, quando viene aperta in uno Stato in cui il debitore ha un proprio *establishment*, da intendersi come "ogni luogo di

essere raggiunta soltanto per via volontaria, perché l'esperienza pratica ha suggerito, con il fallimento del tentativo di giungere a convenzioni internazionali vincolanti, che non vi sono altre vie praticabili".

¹³ La *Model law* è stata recepita quasi integralmente e senza varianti di particolare rilievo dagli Stati Uniti.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

gestione in cui il debitore esegue un'attività economica non transitoria con risorse umane, beni o servizi".

Al riconoscimento della procedura straniera conseguono vari **effetti**, tra i quali, la sospensione delle azioni dei creditori individuali nei confronti del debitore, il divieto per il debitore di vincolare i propri beni, la facilitazione all'accesso alle informazioni relative ai beni del debitore ed alle sue responsabilità, la nomina di un amministratore di tutto il patrimonio del debitore o di una sua parte.

IV. IL DIRITTO STATUNITENSE

Nel 1978 il Congresso degli Stati Uniti ha promulgato una sostanziale riforma della legge fallimentare, introducendo il codice fallimentare statunitense (*Bankruptcy Code*) e riscrivendo completamente la disciplina previgente.

Il *Bankruptcy Code* si articola in vari *Chapter*, tra i quali meritano di essere annoverati -oltre al *Chapter 11* di cui si parlerà *infra*- il *Chapter 7* in materia di liquidazione (simile al nostro fallimento) e il *Chapter 15*, relativo al coordinamento delle procedure concorsuali transfrontaliere.

Una delle più significative modifiche apprestata con la predetta riforma è rappresentata dall'introduzione, nel Capitolo 11 del Titolo 11 del *Bankruptcy Code* statunitense, di una normativa flessibile ed unificata in materia di riorganizzazione aziendale; normativa, questa, nota sotto il nome di "**Chapter 11**".

Occorre precisare che dal 1978 ad oggi sono stati numerosi gli interventi effettuati sul *Chapter 11*, soprattutto in risposta a richieste di gruppi di creditori; ne è derivata una procedura meno flessibile rispetto a quella prevista originariamente e spesso volta alla vendita del complesso aziendale a favore di investitori interessati, piuttosto che alla riorganizzazione interna dell'azienda¹⁴.

Lo **scopo** fondamentale del *Chapter 11* è quello di fornire uno strumento alle imprese in difficoltà al fine di preservare il loro "*going concern value*" (ossia il valore dell'impresa che continua ad operare) a favore dei loro creditori¹⁵.

In altre parole, il *Chapter 11* può essere utilizzato esclusivamente a fini conservativi, mentre lo strumento che può essere utilizzato in caso di liquidazione aziendale è rappresentato dalla liquidazione prevista dal *Chapter 7*.

¹⁴ CASE II, *A short summary of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*, in *Il Nuovo Diritto delle società*, n. 3/2010, 43.

¹⁵ BRAMATI-MORELLI (*Crisi delle compagnie aeree nell'esperienza del Chapter 11*, in *Fallimento & Crisi d'impresa* n. 7-8/2008) definiscono il *Chapter 11* come "un procedimento di natura giurisdizionale finalizzato alla risoluzione della crisi d'impresa perseguita attraverso accordi con i creditori nell'ambito di un piano di riorganizzazione del patrimonio d'impresa e del suo capitale, volto ad evitarne la liquidazione".

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Nella pratica il *Chapter 11* viene utilizzato per la vendita dell'impresa in attività, oppure per la vendita dei rami d'azienda attivi in favore di una *newco* per poi procedere alla liquidazione della parte rimanente dell'azienda, ovvero ancora per la rinegoziazione di precedenti accordi avvenuti tra il debitore e i suoi creditori.

Quest'ultima procedura, nota anche come "*prepackaged plan*", viene spesso utilizzata in circostanze nelle quali preesistono accordi contrattuali, come un accordo di *trust*, con una parte soltanto del ceto creditorio¹⁶.

In sostanza, **i soggetti della procedura** nota come *Chapter 11* sono i seguenti: *debtor in possession* (c.d. DIP), *appointment of trustee*, *appointment of examiner*, *unsecured creditors committee*, *secured creditors*, *United States Trustee* e gli *shareholders*.

La figura del *debtor in possession* coincide sostanzialmente con l'imprenditore o con il *management* della società¹⁷ e viene incaricato di gestire tutto il patrimonio del debitore nell'interesse del ceto creditorio.

In buona sostanza, il DIP corrisponde alla figura del *trustee* e possiede tutti i diritti e gli obblighi di un fiduciario che agisce nell'interesse dei creditori.

Quando il DIP non riesce ad adempiere in modo adeguato o regolare ai propri doveri, i creditori possono domandare che venga appositamente nominato un *trustee* indipendente (c.d. "*appointment of trustee*").

Sulle ragioni della domanda si pronuncia la Corte ed il *trustee* viene scelto dal *United States Trustee* tra un elenco di soggetti a base regionale e previa consultazione delle parti.

¹⁶ MANGANELLI (*Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento* n. 2/2011, 136) rileva che il *Prepackaged Plan of Reorganization* è un meccanismo che consente al debitore una più rapida emersione della procedura del *Chapter 11*: "nella procedura in esame il debitore predispose il piano di riorganizzazione, lo negozia e lo sottopone alla votazione dei propri creditori prima di depositare l'istanza di ammissione al *Chapter 11*. Al momento della presentazione dell'istanza medesima, il debitore depositerà contestualmente il piano di risanamento che avrà già ottenuto l'approvazione formale dei creditori. Completata la votazione ed aperta la procedura di *Chapter 11*, il *Prepackaged Plan* è sottoposto alla valutazione e alla conferma della *bankruptcy court* con le modalità ed i criteri visti sopra per le ordinarie procedure di *Chapter 11*".

¹⁷ Spesso, al fine di evitare conflitti di interessi e di garantire una totale imparzialità rispetto alla gestione precedente, al momento dell'entrata in procedura, viene nominato un nuovo *management* che possa così ricoprire il ruolo di DIP in maniera più imparziale ed oggettiva. Capita anche che, per ricoprire il ruolo di DIP, venga inserita una vera e propria figura di "riorganizzatore capo", scelto all'esterno della struttura societaria ed esperto in gestione e risoluzione della crisi aziendale.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

La Corte può anche nominare, all'occorrenza, un esperto che possa coadiuvare la Corte stessa o le parti nella risoluzione di particolari questioni (il c.d. "*appointment of examiner*").

Gli interessi dei creditori vengono normalmente rappresentati da una *Unsecured Creditor Committee*, una sorta di comitato dei creditori chirografari, che viene ufficialmente nominata dal *United States Trustee* ed è composta da un numero da 5 a 7 membri. I creditori privilegiati (c.d. "*secured creditors*") possono anche non prendere parte alla *Committee*.

The *US trustee* è un organo del Dipartimento di Giustizia, è nominato dal Ministro della Giustizia americano ed è incaricato di garantire il normale svolgimento della procedura, di scegliere e sorvegliare i *trustee* e di controllare che i DIP adempiano ai loro doveri.

Infine, gli *shareholders*, ovverosia gli azionisti, possono avere interesse a partecipare alla procedura e ad essere sentiti dalla Corte, ma difficilmente la Corte ammetterà la creazione di una commissione tra azionisti a spese della procedura. Quindi capita spesso che gli azionisti si organizzino in una commissione a loro spese¹⁸.

Quanto alla **giurisdizione**, occorre considerare che gli Stati Uniti d'America sono una repubblica formata da cinquanta Stati sovrani; ogni Stato ha il proprio governo, composto da una divisione esecutiva, una legislativa e una giudiziaria.

La Costituzione americana garantisce al governo federale il potere di emettere leggi uniformi con riferimento alle procedure concorsuali; perciò i casi relativi al *Chapter 11* saranno di competenza delle Corti federali, sebbene i diritti fondamentali dei debitori e dei creditori siano sanciti da una legge statale.

Per quanto riguarda la **competenza**, occorre precisare che una società può iniziare una procedura di *Chapter 11* nel distretto o del luogo dove ha la propria sede registrata, o del luogo dove ha la sede principale dei suoi affari, oppure ancora del luogo dove è pendente un procedimento di una sua controllata.

Per quanto riguarda i **soggetti** che possono beneficiare del *Chapter 11*, la legge americana consente che qualsiasi forma di associazione (eccetto le ferrovie, gli agenti di cambio, le compagnie di assicurazioni o le banche) possa essere considerata come debitore: quindi sia esso una società per azioni quotate, una società per azioni non quotate, una società a responsabilità limitata, una società di persone, un'impresa individuale o anche un debitore individuale non commerciale¹⁹.

¹⁸ CASE II, *A short summary of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*, in *Il Nuovo Diritto delle società* n. 3/2010, 46.

¹⁹ In questo senso, BRAMATI-MORELLI, *Crisi delle compagnie aeree nell'esperienza del Chapter 11*, in *Fallimento & Crisi d'impresa* n. 7-8/2008.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Al fine di dare avvio ad un procedimento di *Chapter 11*, è sufficiente che il debitore²⁰ depositi un'**istanza**, senza l'intervento del giudice, che può essere anche avanzata elettronicamente a qualsiasi ora e in qualunque giorno della settimana, pagando la tassa di deposito con carta di credito.

Non prima di venti giorni e non dopo quaranta giorni dalla presentazione dell'istanza, viene fissata un'**udienza preliminare** alla presenza del debitore e dei creditori e presieduta dal *United States Trustee*²¹.

Dal momento della presentazione dell'istanza e fino ad un diverso ordine del giudice, opera automaticamente il divieto per i creditori di iniziare o continuare azioni nei confronti del debitore (c.d. "**automatic stay**"); in ogni caso, il divieto in esame non ha effetto per quanto riguarda, tra gli altri, i procedimenti penali ed giudizi aventi ad oggetto questioni di accertamento (e non esecutive).

Al momento del deposito dell'istanza, il debitore deve presentare un elenco delle attività e delle passività.

Se un creditore vuole sollevare una contestazione nei confronti dell'elenco predisposto dal debitore, deve adire la Corte presentando la documentazione a supporto della propria opposizione.

Il cuore della procedura del *Chapter 11* è rappresentato dal **piano di riorganizzazione**, che deve essere presentato dal debitore entro 120 giorni dal deposito dell'istanza (c.d. *exclusivity period*, decorso il quale anche i creditori sono ammessi a presentare il proprio piano di riorganizzazione) e deve essere approvato dai creditori entro 180 giorni; entrambi detti termini possono essere differiti, su richiesta del debitore, fino a 18 mesi, il primo e 20 mesi, il secondo.

Il piano deve (*shall*) essere accompagnato da una relazione illustrativa (c.d. *disclosure statement*)²², deve contenere la proposta diretta ai creditori circa il

²⁰ O i creditori o le altre parti interessate; così MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento* n. 2/2011, 135.

²¹ MANGANELLI (*Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento* n. 2/2011, 135) ha rilevato al riguardo che "nella prima udienza innanzi alla corte fallimentare il debitore solitamente presenta le c.d. first-day motions, ossia le richieste di approvazione da parte del giudice di determinati provvedimenti necessari per la continuazione dell'attività di impresa, quali, tra gli altri, l'autorizzazione al pagamento dei dipendenti, la prosecuzione dei programmi per i consumatori ed i pagamenti dei fornitori strategici. Inoltre, il debitore in questa fase chiede solitamente al giudice di autorizzare l'accesso alla nuova finanza che permetta di affrontare sia i costi di procedura che quelli per la prosecuzione del business (c.d. DIP financing, ossia debtor-in-possession financing). La nuova finanza autorizzata dal giudice è solitamente assistita da privilegio sui beni del debitore".

²² MANGANELLI (*Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento* n. 2/2011, 135) rileva al riguardo che "una serie di

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

soddisfacimento dei loro crediti e, a tal fine, elencare i **vari tipi di crediti** ed indicare i crediti con priorità. Per quanto riguarda i crediti ammessi alla procedura, la legge statunitense annovera tre categorie: i crediti garantiti (c.d. *secured claims*)²³, i crediti chirografari (c.d. *unsecured claims*)²⁴ e, infine, i crediti "con priorità" (c.d. *priority claims*)²⁵.

Per ogni **classe** di crediti, il piano deve indicare quale di esse è falcidiata, (c.d. *impaired*)²⁶ e la ragione di tale danneggiamento.

Una delle principali finalità della compilazione del piano è proprio quella di individuare quali classi sono danneggiate, in quanto solo i creditori *impaired* hanno diritto di voto per l'approvazione del piano, mentre quelli *unimpaired*, cioè quelli che non subiscono alcuna modificazione dei loro diritti, non possono votare, essendovi una presunzione di accettazione da parte di chi non viene danneggiato dal piano.

Il criterio per la suddivisione in classi²⁷ è, in linea generale, quello che assimila le pretese *substantially similar*, ovverosia sostanzialmente omogenee.

adempimenti preliminari sono tuttavia richiesti affinché il piano possa essere validamente presentato, e tra questi i più importanti sono le c.d. dislosure statements: il debitore deve fornire ai terzi interessati tutte le informazioni relative al plan of reorganization, idonee a consentire a qualsiasi ipotetico investitore o creditore la possibilità di compiere una valutazione completa e precisa del piano proposto (le c.d. adequate information)".

²³ I c.d. *security claims* sono i crediti accompagnati da una garanzia. Le fonti della garanzia possono essere: un accordo tra le parti, una disposizione legislativa e una sentenza. Essi devono essere soddisfatti *in toto* (o almeno nella misura della garanzia). Il bene che è oggetto di garanzia è chiamato *collateral*. Nel caso in cui il credito abbia un valore superiore al *collateral*, il creditore assume una doppia configurazione: nella misura del *collateral* è un creditore garantito; per la parte rimanente del suo credito è un creditore chirografario.

²⁴ I crediti chirografari non sono accompagnati da alcuna garanzia. Sono gli ultimi presi in considerazione nella distribuzione dopo la quale la procedura si chiude; e solitamente sono soddisfatti solo parzialmente. Può anche darsi che il piano di riorganizzazione preveda la totale insoddisfazione di alcuni crediti. Comunque, il pagamento di tali crediti inizia quando tutti i crediti garantiti sono stati pienamente soddisfatti.

²⁵ La soddisfazione dei *priority claims* deve precedere, in ordine di tempo, la soddisfazione degli altri creditori chirografari. I crediti che rientrano nella prima priorità sono costituiti dalle spese dell'amministrazione del procedimento; nella seconda priorità rientrano gli *involuntary gap claims*; nella terza priorità rientrano i crediti di lavoro (c.d. *wage claims*), allo scopo di favorire, nei limiti del possibile, i dipendenti del debitore; nella quarta priorità rientrano i crediti previdenziali (c.d. *employee benefit claims*).

²⁶ Il codice definisce "danneggiata" una classe di crediti quando il piano non lascia inalterati i diritti che derivano dalla legge (*legal*), dall'*equity* (*equitable*) ovvero dai diritti contrattuali (*contractual rights*). Il concetto di *impairment* è molto ampio e in esso non rientrano soltanto i pagamenti parziali che il debitore offre ai creditori nel piano, ma ogni alterazione dei diritti del creditore.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Tuttavia è altresì consentito che il proponente suddivida i creditori omogenei in classi diverse; tale possibilità è accordata in quanto, nella legislazione americana, per l'approvazione del piano è sufficiente il consenso anche solo di una classe²⁸ (tra quelle falcidiate, c.d. *impaired*) e, pertanto, potendo il debitore creare classi diverse anche tra creditori omogenei, potrà in tal modo isolare in un'autonoma classe i creditori dai quali si attende un consenso²⁹. Non esiste un'udienza in occasione della quale i creditori sono chiamati ad esprimere il loro voto (una sorta di adunanza dei creditori), potendo i creditori far pervenire il proprio voto anche tramite mezzi elettronici, nel predetto termine, prorogabile, di 180 giorni dalla presentazione dell'istanza.

Il piano viene approvato se, all'interno di ciascuna classe, hanno votato favorevolmente i creditori che rappresentano i 2/3 dell'ammontare dei crediti e la maggioranza numerica dei creditori.

A seguito della votazione, la Corte deve comunque fissare un'udienza per la conferma del piano.

Infatti, il piano, non solo deve uniformarsi a tutte le previsioni del codice del fallimento statunitense in quanto compatibili con l'istituto particolare del *Chapter 11*, ma deve altresì garantire il rispetto di alcune regole particolari.

Infatti, la modalità di approvazione che ritiene sufficiente anche il voto favorevole di una sola classe - e che, per la facilità di ottenimento del consenso, potrebbe *prima facie* sorprendere - è tuttavia temperata da alcuni *test* che il debitore deve superare al fine di ottenere dalla Corte l'ammissione del piano.

Innanzitutto, ogni singolo creditore che si senta pregiudicato dal piano potrà provocare il *cram down*, previo esperimento del c.d. *best interest test*.

In altre parole, ogni creditore potrà opporsi alla proposta concordataria contestando il trattamento riservato ed il debitore, per vincere tale eccezione, dovrà allora dimostrare (e questo è, per l'appunto, il *best interest test*) che tale trattamento non è peggiore di quello che il creditore opponente riceverebbe all'esito di una liquidazione ai sensi del *Chapter 7* (ossia una sorta della nostra liquidazione fallimentare), attualizzandone il valore al momento in cui il piano concordatario verrebbe eseguito³⁰;

²⁷ L'unica classe che è al di fuori della portata del debitore è quella dei *priority claims* che, in ogni caso, deve essere soddisfatta con priorità rispetto a tutti gli altri crediti chirografari.

²⁸ Il voto della classe è favorevole quando abbiano votato a favore del piano la metà più uno dei creditori appartenenti a detta classe, i quali devono rappresentare i due terzi del valore complessivo dei crediti della classe.

²⁹ In questo senso, SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, I, 2007, 577.

³⁰ Anche LENOCI (*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ed Giuffrè 2010, 34) parla del c.d. *best interest of creditors*, "nel senso che il tentativo di risanamento potrà proseguire solo nell'ipotesi in cui i creditori abbiano la concreta prospettiva di ricevere più di quanto riceverebbero a seguito di una procedura di liquidation".

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

si tratta, in sostanza, di effettuare un confronto tra il valore dell'impresa in esercizio promesso dal piano (c.d. *going concern value*) e quello di liquidazione dell'azienda (c.d. *liquidation value*)³¹.

Nella legge americana, inoltre, il debitore è libero di sovvertire la *priority rule*, potendo non assicurare l'integrale soddisfazione delle classi di rango superiore prima di quelle di rango inferiore e nemmeno che le classi di pari rango non vengano trattate in modo ingiustificatamente differente (c.d. *unfair discrimination*).

Anche tale facoltà ha ovviamente un controbilanciamento a favore dei creditori discriminati.

Infatti, ciascun creditore appartenente ad una classe dissenziente potrà ricorrere al giudizio di *cram down*, previo esperimento del *fair and equitable test*, ovvero sia tramite la dimostrazione che la classe che si ritiene danneggiata dal piano non avrebbe avuto un trattamento migliore se l'ordine di priorità fosse stato rispettato. Un altro *test* che deve superare il piano proposto dal debitore, per essere ammesso dalla Corte, è il c.d. *feasibility test*.

Il debitore dovrà cioè garantire la fattibilità del piano e, cioè, che, con tutta probabilità, i creditori riceveranno il trattamento offerto con il piano e che, pertanto, al piano non seguirà una liquidazione ai sensi del *Chapter 7*, né che vi sarà necessità di ulteriori finanziamenti per la relativa esecuzione.

Se, all'esito dei predetti *test*, il tribunale ritiene che il piano sia stato proposto in buona fede dal debitore e regoli i diritti dei creditori in maniera ragionevolmente equa ed onesta, può approvare il piano anche contro la volontà degli stessi creditori (è proprio questo il c.d. *cram down*).

Il tribunale, quindi potrà esercitare il *cram down power* anche nel caso in cui una o più classi di creditori chirografari pregiudicati abbia votato a sfavore del piano; perché la Corte possa omologare il piano, devono tuttavia sussistere le seguenti condizioni:

- a) il piano preveda il *cram down*;
- b) almeno una delle classi di creditori non soddisfatti integralmente abbia votato a favore del piano;
- c) il piano assicuri alle classi pregiudicate un trattamento uniforme;
- d) il piano sia giusto ed equo;
- e) i creditori dissenzienti non ottengono meno di quanto sarebbe loro spettato in caso di liquidazione del patrimonio³².

³¹ Così, SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, I, 2007, 596.

³² In questo senso, BRAMATI-MORELLI, *Crisi delle compagnie aeree nell'esperienza del Chapter 11*, in *Fallimento & Crisi d'impresa* n. 7-8/2008.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Una volta approvato dai creditori ed omologato dal tribunale, il piano è vincolante per tutti i creditori e comporta la liberazione del debitore dai crediti anteriori all'istanza di ammissione alla procedura (c.d. effetto del *discharge*)³³.

Nel caso in cui, al contrario, il piano non venga approvato e/o omologato, il tribunale può disporre la conversione del procedimento di riorganizzazione in una liquidazione ai sensi del *Chapter 7*.

V. IL DIRITTO TEDESCO

La nuova normativa concernente la crisi d'impresa è contenuta nell'*Insolvenzordnung* (InsO), cioè la legge sull'insolvenza entrata in vigore in Germania il 1° gennaio 1999 e che ha sostituito le precedenti leggi vigenti (la legge fallimentare, *Konkursordnung* del 1977, la legge sul concordato preventivo, *Vergleichsordnung* del 1935 e quella sulla procedura esecutiva concorsuale, *Gesamtvollstreckungsordnung* del 1976).

In sostanza, nel diritto concorsuale tedesco esiste una sola procedura concorsuale; il concordato preventivo e quello fallimentare si inseriscono, quali sub-procedure, nella predetta procedura tramite un piano di regolazione dell'insolvenza (c.d. *Insolvenzplan*) che il debitore può presentare al momento della domanda di apertura della procedura medesima.

Quanto ai presupposti soggettivi, identici per ogni sub-procedura, la legge tedesca ammette la legittimazione alla procedura concorsuale di tutti i debitori e, quindi, anche i non imprenditori. Tuttavia, se il debitore è una persona fisica che non esercita un'attività imprenditoriale, si applica un procedimento semplificato rispetto alla normale procedura.

Quanto ai **presupposti oggettivi** per l'ammissibilità alla procedura concorsuale, la legge tedesca ne contempla tre: l'insolvenza (*Zahlungsunfähigkeit*), che sostanzialmente coincide con l'incapacità del debitore di adempiere ai debiti già scaduti, il rischio di insolvenza (*drohende Zahlungsunfähigkeit*), quando, prevedibilmente, il debitore non potrà soddisfare i crediti alla scadenza (di solito, il rischio di insolvenza costituisce presupposto oggettivo quando è il debitore stesso a promuovere la procedura), e lo sbilancio patrimoniale (*Überschuldung*), che si verifica quando le passività superano le attività.

La **finalità** della procedura è quella del soddisfacimento concorsuale dei creditori.

³³ LENOCI (*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ed. Giuffrè 2010, 34) al riguardo rileva che "l'omologazione determina la liberazione del debitore da tutti i debiti esistenti prima dell'inizio della procedura (*discharge*), con la conseguente possibilità di ricominciare l'attività d'impresa senza il peso delle obbligazioni rimaste insolute (c.d. *fresh start*)".

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Le **modalità** utilizzabili per il soddisfacimento dei creditori possono essere varie, ma sostanzialmente riconducibili a due sistemi: o tramite la dismissione del patrimonio del debitore, attraverso la relativa liquidazione, ovvero tramite la continuazione dell'esercizio dell'impresa, attraverso il relativo risanamento.

I due istituti concordatari (quello preventivo e quello fallimentare), vigenti fino all'entrata in vigore dell'*Insolvenzordnung* (InsO), sono stati sostituiti dallo strumento dell'*Insolvenzplan*, letteralmente "piano di regolazione dell'insolvenza".

Il piano può essere presentato sia dal debitore che dal curatore, su richiesta del comitato dei creditori.

Il **contenuto** del piano può essere il più vario: la procedura appare impostata, sotto questo aspetto, secondo criteri di notevole elasticità e, in definitiva, intende consentire l'individuazione di soluzioni alternative al tradizionale processo di liquidazione fallimentare dei beni, che siano di volta in volta meglio rispondenti agli interessi delle parti coinvolte.

Possono, quindi, proporsi modalità per ristabilire l'equilibrio produttivo e la redditività attraverso un piano di risanamento e si può anche prevedere che il debitore continui temporaneamente nell'esercizio dell'impresa (*Saniemngsplan*), così come si può stabilire che tutti i beni aziendali vengano ceduti a un terzo, il quale può accollarsi anche parzialmente i debiti impegnandosi a soddisfare i creditori (*Ubertragungsplan*); e, ancora, possono prevedersi piani di pagamento dei debiti, attraverso una liquidazione atomistica dei beni del debitore (*Liquidationsplan*).

Il piano deve indicare i mezzi da utilizzare per l'attuazione della riorganizzazione, i tempi ed i modi di pagamento (anche parziale) dei creditori, e la sorte dei contratti in essere (che potranno continuare o essere sciolti).

La legislazione tedesca consente altresì che il piano predisposto dal debitore possa prevedere la suddivisione dei creditori in **classi**, suddivisione che diviene obbligatoria in ipotesi di posizioni giuridiche ed interessi economici differenti.

Il piano di riorganizzazione deve essere sottoposto alla **votazione** delle sole classi di creditori che da esso subiscano un danno, o meglio, una alterazione dei loro diritti nei confronti del debitore, derivanti dalla legge, dall'*equity* o dal contratto.

L'*Insolvenzplan* viene approvato se si raggiunge il voto favorevole della maggioranza delle classi e, all'interno di ciascuna classe, viene richiesta una doppia maggioranza: deve votare favorevolmente la maggioranza dei creditori votanti, che rappresentino altresì la maggioranza della somma del valore dei crediti ammessi al voto.

Dopo la votazione, il piano viene sottoposto al **controllo omologatorio** del giudice; se interviene l'omologazione, il procedimento di riorganizzazione potrà dirsi concluso; se l'omologazione è rifiutata, il procedimento sarà totalmente improduttivo di effetti.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

In sede di omologazione il Giudice deve verificare: che il piano sia stato presentato in buona fede, ovverosia evidenziando concrete possibilità di risanamento dell'impresa; che il piano indichi il soggetto che, dopo l'omologazione, gestirà l'impresa in qualità di amministratore, dirigente o curatore; che i crediti ottengano, al termine della riorganizzazione, una somma maggiore di quanto potrebbero ottenere con la procedura di liquidazione; che il piano sia stato approvato dalla maggioranza delle classi di creditori. E' altresì previsto un meccanismo (*Obstruktionsverbot*), del tutto simile al *cram down*, secondo il quale il consenso di un gruppo al cui interno non siano state raggiunte le maggioranze si considera fittiziamente dato quando comunque sia stata raggiunta la maggioranza delle classi e quando si stabilisce che i creditori dissenzienti non avrebbero conseguito un soddisfacimento migliore attraverso le altre alternative concretamente praticabili in assenza del piano.

Se nel piano non è diversamente disposto, il debitore viene interamente liberato dalle proprie obbligazioni per effetto del pagamento ai creditori di quanto previsto nel piano medesimo³⁴.

VI. IL DIRITTO SPAGNOLO E IL DIRITTO PORTOGHESE

Nel diritto concorsuale spagnolo (*ley organica* 9 luglio 2003 n. 22, entrata in vigore il 1° settembre 2004), esiste una sola procedura (*el concurso*), che si applica indistintamente, sul presupposto dell'insolvenza, e che sfocia, poi, in esiti diversi, di liquidazione o di conservazione del patrimonio.

La finalità conservativa è lo scopo primario del *convento*, ossia del concordato.

Alla proposta di concordato deve essere solamente allegato un piano di pagamento (non è invece necessario il piano di riorganizzazione), con l'indicazione delle risorse previste per l'adempimento del concordato e, quando si preveda di disporre di risorse generate dalla continuazione aziendale, anche un piano di fattibilità nel quale siano indicate le risorse necessarie, i mezzi e le condizioni per ottenerle e, ove esistenti, le garanzie di terzi.

La legge concorsuale spagnola prevede **due tipi di concordato**: quello **anticipato** (*propuesta anticipada de convenio*) e quello **ordinario**.

Il primo è quello proposto, durante la predetta fase comune del *concurso*, dall'imprenditore e preventivamente accettato da creditori ordinari o privilegiati i cui crediti superano la quinta parte del passivo del debitore.

Se sussiste questa preventiva accettazione, la proposta è dichiarata procedibile ed è sottoposta all'adesione degli altri creditori.

³⁴ In questo senso LENOCL, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ed. Giuffrè 2010, 35.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

La proposta è accettata se riceve l'adesione di almeno la metà del passivo ordinario. Dopo l'accettazione, interviene l'approvazione del giudice e, quindi, si passa alla fase dell'esecuzione.

Il concordato ordinario, invece, viene presentato successivamente alla fase comune e richiede una proposta del debitore e dei creditori i cui crediti superano, individualmente o congiuntamente, la quinta parte del passivo.

I creditori possono accettare la proposta o mediante adesione diretta o a mezzo di voto nel comitato dei creditori.

La proposta è accettata se registra l'adesione di almeno la metà del passivo, nel quale sono compresi anche i creditori privilegiati che hanno aderito alla proposta o hanno votato a favore della stessa.

Una volta raggiunte le predette maggioranze, il concordato (anticipato o ordinario) è assoggettato all'**approvazione del giudice**, il quale deve verificare il rispetto delle disposizioni di legge in ordine al contenuto e alla forma del concordato, alla regolarità delle adesioni e alla costituzione e svolgimento del comitato dei creditori, valutando, se del caso, anche il fondamento delle eventuali opposizioni.

All'esito di tale giudizio, il tribunale può: approvare la proposta concordataria, se la verifica è stata positiva, oppure, in caso contrario, respingere la proposta.

Il giudice, invece, non può verificare la fattibilità del piano e, nel caso di oggettiva non fattibilità, respingerlo, a meno che vi sia tempestiva opposizione dell'amministrazione concorsuale o di tanti creditori titolari almeno del 5% del passivo.

Una volta approvato il concordato, il debitore deve quindi presentare al giudice una relazione motivata e documentata sull'**esecuzione** del concordato medesimo; la procedura si chiude con il passaggio in giudicato del provvedimento che ne dichiara l'avvenuto integrale adempimento.

Nel caso in cui il debitore non sia in grado di proporre o di adempiere il concordato, è necessario che si faccia luogo senza indugio alla **liquidation** del patrimonio del debitore.

In tale ipotesi l'*administration concorsual* deve redigere un *pian de liquidation* che, se possibile, contempli l'alienazione dell'intera azienda o di un suo ramo. Il debitore ed i creditori possono formulare le loro osservazioni sul piano entro quindici giorni.

Se il piano di liquidazione non viene presentato o approvato, si dovrà procedere alla liquidazione ordinaria dei beni del debitore, da vendersi mediante incanto e, laddove l'asta andasse deserta, mediante trattativa privata.

- - -

Con riferimento alla legge portoghese, occorre evidenziare che il decreto legge n. 53/2004 del 18 marzo 2004 - entrato in vigore il 15 settembre 2004 - ha approvato il

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Codigo da Insolvencia e da Recuperacao de Empresas (Codice di Insolvenza e Recupero delle Imprese), nel contempo revocando il *Codigo dos Processos Especiais de Recuperacao de Empresa e de Falencia* (Codice dei Processi Speciali di Fallimento e di Recupero delle Imprese), che era in vigore a far tempo dal 1993.

La **finalità principale** della procedura di insolvenza portoghese, individuata nella soddisfazione degli interessi dei creditori, può essere raggiunta attraverso due modalità da adottarsi tuttavia in un unico processo, detto di insolvenza: o seguendo la procedura prevista dal nuovo *Codigo*, oppure mediante un piano di insolvenza approvato dai creditori e omologato dal giudice, che si basi, principalmente, sul recupero dell'impresa³⁵.

Il **presupposto oggettivo** della procedura di insolvenza viene individuato, per l'appunto, nell'insolvenza che, secondo il diritto portoghese, può assumere due aspetti diversi, distinguendosi in *insolvenza attuale* e in insolvenza imminente.

La prima si verifica quando il debitore si trova nell'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contratte, sulla base non di una relazione quantitativa tra attivo e passivo, bensì di una situazione finanziaria, che impedisce al debitore di pagare regolarmente i propri creditori³⁶.

L'*insolvenza imminente*, invece, sorge, per effetto di una dichiarazione di insolvenza da parte del debitore, quando con tutta probabilità e sulla base di un criterio di normalità, si stia verificando un'insufficienza dell'attivo, con conseguente incapacità di soddisfare il passivo³⁷.

L'insolvenza si distingue, poi, anche sotto un profilo causale: nel diritto portoghese esistono, infatti, sia l'*insolvenza fortuita*, sia l'*insolvenza colposa*, che comportano, quanto alla seconda, l'inabilitazione ed il divieto all'esercizio del commercio per un tempo stabilito dal giudice; quanto alla seconda, la privazione del potere di amministrare e disporre dei beni della massa insolvente.

Quanto al **presupposto soggettivo**, la procedura di insolvenza si applica a tutte le persone fisiche e giuridiche, ivi comprese le società di persone e gli enti senza personalità giuridica, purché abbiano un'autonomia patrimoniale e con esclusione delle persone giuridiche pubbliche e degli enti assoggettati ad una propria disciplina speciale, se incompatibile con la procedura di insolvenza (*i.e.* compagnie di assicurazione, istituti di credito, società finanziarie, imprese di investimento, organismi di investimento collettivo).

³⁵ In questo senso, DE CARVALHO FERNANDES, *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in *Dir. fall, delle soc. comm.*, 2004, 1419.

³⁶ DE CARVALHO FERNANDES, *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in *Dir. fall, delle soc. comm.*, 2004, 1421.

³⁷ DE CARVALHO FERNANDES, *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in *Dir. fall, delle soc. comm.*, 2004, 1421.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Sulla base del nuovo *Codigo*, è possibile per il debitore suddividere in classi il ceto creditorio, con la precisazione che una prima suddivisione deve fondarsi sulla distinzione tra crediti sull'insolvenza e crediti sulla massa insolvente.

I *crediti sull'insolvenza* si dividono, poi, al loro interno, tra crediti garantiti, privilegiati, subordinati³⁸ e chirografari.

I *crediti sulla massa insolvente* includono al loro interno, tra gli altri, le spese della procedura, i debiti legati all'amministrazione, liquidazione e ripartizione della massa insolvente, nonché i debiti destinati ai contratti in corso al momento della dichiarazione dello stato di insolvenza.

Il nuovo *Codigo* ha accentuato la partecipazione dei creditori alla procedura di insolvenza (soprattutto attraverso un organismo di tutela collettiva, denominato Assemblea dei creditori e un organismo denominato Amministratore dell'insolvenza), a parziale discapito del ruolo del giudice.

VII. IL DIRITTO BELGAE FRANCESE

Fino a tempi recentissimi, in Belgio vi erano poche alternative per le imprese in difficoltà: o il fallimento o il concordato giudiziale.

Quest'ultimo istituto, introdotto nel luglio 1997, non ha tuttavia ottenuto il successo sperato: nel 2006, a fronte di 7600 pronunce di fallimento, solo 91 erano i casi di concordati domandati e approvati. Non mancava tuttavia la consapevolezza che, a vantaggio dell'economia nel suo complesso, la legge dovesse apprestare un mezzo per consentire alle imprese in difficoltà di superare la crisi e continuare ad operare.

E così, nel gennaio 2009, sono entrate in vigore nuove norme finalizzate a facilitare l'accesso al concordato giudiziale.

Oltre alle soluzioni stragiudiziali della crisi, la legge prevede tre principali possibilità di procedere ad una riorganizzazione giudiziaria: un accordo (c.d. *réorganisation judiciaire par accord amiable*), un regolamento collettivo (c.d. *réorganisation judiciaire par accord collectif*) ed il trasferimento dell'azienda o di suoi rami (c.d. *transfert sous autorité de justice de Venterprise ou de ses activités*).

Quale che sia lo strumento utilizzato, lo scopo del legislatore è tuttavia sempre quello di garantire la continuità aziendale dell'impresa in difficoltà (o di un suo ramo), tramite una moratoria temporanea.

³⁸ DE CARVALHO FERNANDES (*Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in *Dir. fall. delle soc. comm.*, 2004, 1423) ha rilevato che "i crediti subordinati possono essere definiti come quelli che, per la loro titolarità, per la loro natura, o per circostanze legate alla loro costituzione, giustificano un trattamento meno favorevole in varie fasi della procedura e, in particolare, nel loro pagamento da parte della massa insolvente"; ad esempio, i crediti dei parenti stretti del debitore, i crediti dei soci o degli amministratori di fatto o di diritto, etc..

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Al risanamento delle imprese in crisi, il legislatore francese ha dedicato la legge n. 98 del 25 gennaio 1985 (dedicata al *redressement judiciaire*), la legge n. 148 del 1° marzo 1984 (dedicata al *règlement amiable*) e la successiva legge di riforma n. 475 del 10 giugno 1994, nonché il libro VI del Codice del Commercio, la cui redazione risale principalmente alla legge 26 luglio 2005, detta *loi de sauvegarde des entreprises*.

La prima delle legge sopra citate dettava disposizioni miranti al risanamento dell'impresa in crisi e prevedeva un'unica procedura, quella c.d. di *redressement*, che si diramava in due fasi: quella anteriore e quella successiva all'eventuale dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

Nella fase anteriore, obbligatoria a fronte dell'accertamento dell'insolvenza, ogni sforzo doveva essere mirato al perseguimento dell'obiettivo di *redresser l'entreprise*; nella seconda fase, che si doveva cercare di scongiurare, si riaffermava la tradizionale concezione del fallimento, inteso come procedura rivolta al miglior soddisfacimento possibile dei creditori.

Prima della novella del 1994, rientravano nella prospettiva normale di ogni insolvenza i seguenti elementi: la continuazione dell'impresa dopo la dichiarazione di insolvenza; la nomina di un esperto preposto a studiare un piano di salvataggio durante il periodo di osservazione (che poteva durare da pochi giorni, fino a più anni); l'eventualità dell'affidamento della gestione, *en location gérance*, a terzi destinati poi a collocarsi in posizione privilegiata per il rilievo dell'azienda; la predisposizione di un piano di salvataggio comportante il soddisfacimento dei creditori, che tuttavia, essendo diluito nel tempo, era a volte tale da compromettere gravemente le loro attese.

Il ruolo centrale nello svolgimento della procedura era -ed è tuttora- assegnato all'autorità giudiziaria, incaricata anche di stabilire la misura del sacrificio dei creditori in funzione del *pian de redressement*.

Il momento cruciale che segnava la prevalenza dell'interesse al salvataggio dell'impresa su quello alla tutela dei creditori, era dato dal giudizio di approvazione del piano di risanamento. Il sistema appariva molto elastico: non esistevano termini prefissati per la durata del piano.

Il legislatore francese evitava non soltanto di condizionare l'approvazione del piano al concorso della maggioranza dei creditori, ma anche solo di ritenere l'interesse dei creditori al più rapido soddisfacimento meritevole di considerazione ai fini della decisione.

Le soluzioni offerte ai creditori apparivano anch'esse improntate ad elasticità: ai creditori era lasciata la scelta tra pagamenti ravvicinati ma ridotti e l'estinzione del credito dilazionata nel tempo.

Ma la disposizione più significativa era quella che consentiva al tribunale di imporre ai creditori che non avessero raggiunto un accordo, termini di pagamento ritenuti compatibili col piano di *redressement*.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

L'obiettivo del legislatore francese era chiaro: si trattava di favorire in ogni modo la prevenzione delle insolvenze e provvedere, nell'ipotesi di loro insorgenza, a stimolare ogni possibile opportunità di preservare i complessi produttivi.

Con la novella del 1994, il sistema, impostato essenzialmente sulla procedura di *redressement*, subisce un cambiamento profondo: relega il tentativo di salvataggio in presenza dell'insolvenza a casi numericamente marginali (anche se presumibilmente più rilevanti sul piano economico-sociale) e torna a riconoscere lo spazio naturale al fallimento per la gran parte delle situazioni di insolvenza.

Con la nuova legge, infatti, la liquidazione giudiziale può essere disposta immediatamente, senza passare attraverso il preliminare periodo di osservazione, quando il *redressement* appaia subito impossibile ovvero quando vi sia stata cessazione dell'attività prima dell'inizio della procedura. Il che comporta non soltanto un risparmio di spese, ma anche e soprattutto un approccio assai più realistico alle situazioni di insolvenza.

D'ora in poi, di fronte all'insolvenza, il *redressement* costituirà, anche formalmente, l'eccezione ed il *règlement judiciaire*, e cioè la procedura liquidatoria, la regola.

Inoltre, anche nei casi in cui non sia stata aperta immediatamente la procedura fallimentare e sia stato invece disposto il periodo di osservazione, questo può essere interrotto allorché si verificano inadempimenti alle obbligazioni sorte posteriormente alla apertura della procedura.

La nuova legge riscopre sotto molteplici profili il ruolo dei creditori quali controllori della procedura: se l'istituto del "rappresentante dei creditori" è mantenuto per quanto attiene alla tutela dell'interesse collettivo dei creditori, viene ora riconosciuto un potere di intervento ai creditori componenti il comitato dei controllori, i quali debbono essere informati di tutti i documenti trasmessi all'amministratore e al rappresentante dei creditori; debbono essere sistematicamente consultati dagli organi della procedura; possono assistere alle udienze in tribunale e svolgere osservazioni che vanno trasmesse al *juge commissaire* e al Procuratore della Repubblica; possono chiedere al tribunale la cessazione dell'attività del debitore soggetto alla procedura ovvero il passaggio alla *liquidation judiciaire*. Essi debbono anche essere sentiti dal tribunale prima dell'approvazione del piano di *redressement* e della pronuncia di *liquidation judiciaire*.

I creditori cessano così di essere meri spettatori della procedura, ma attraverso i loro rappresentanti, sono chiamati a svolgere un ruolo propulsivo nella direzione sia del *redressement*, sia soprattutto dell'apertura della liquidazione fallimentare.

Altre modifiche sono state introdotte nell'ottica della moralizzazione della procedura e della maggiore considerazione dei creditori.

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Il periodo di osservazione, con cui si apre la procedura di *redressement*, non può ora durare più di un anno (estensibile, in via eccezionale, per ulteriori otto mesi su richiesta del pubblico ministero).

Al contrario, la legge del 1985 lasciava il tribunale libero di stabilire la durata del piano di *redressement*: Alcuni tribunali avevano consentito tempi lunghissimi (25 e addirittura 35 anni).

La nuova legge fissa invece il termine massimo di 10 anni per gli imprenditori commerciali e per gli artigiani e di 15 anni per gli imprenditori agricoli. Non è più possibile che i termini per i pagamenti ai creditori eccedano la durata del piano.

La richiesta di ammissione al passivo è resa più agevole dall'assenza di particolari formalità e i creditori assistiti da garanzie sul credito dovranno essere avvertiti, al loro domicilio, dell'apertura della procedura.

Il primo pagamento ai creditori non può superare il termine dell'anno di approvazione del piano. Tutte le obbligazioni di pagamento diventano *portables*, e cioè pagabili al domicilio del creditore, con modifica quindi della regola generale della *querabilité*.

La risoluzione del piano di *redressement* a causa degli inadempimenti del debitore può essere ora chiesta da qualsiasi creditore; laddove la legge dell'85 lo consentiva soltanto ai creditori che rappresentassero il 15% dei crediti.

La moralizzazione della procedura opera anche sul terreno della verifica dell'identità dei soggetti che acquistano l'azienda, in vista della continuazione dell'attività, ora resa più rigorosa: si vuole impedire che il debitore insolvente recuperi sotto mentite spoglie, e servendosi di prestanomi, il proprio patrimonio. Viene inoltre espressamente vietato ai parenti e agli affini del debitore, sia direttamente che indirettamente, di rilevare l'azienda.

Al fine poi di evitare acquisti aventi finalità meramente speculative, il tribunale può apportare al piano di cessione dell'azienda un vincolo di inalienabilità, per un certo periodo, di tutti o di parte dei beni oggetto di cessione. E se l'acquirente dei beni non adempie agli impegni, il tribunale può pronunciare la risoluzione del piano.

La legislazione francese prevede, poi, altre procedure a scopo preventivo, da mettere in atto anteriormente al verificarsi dell'insolvenza: si tratta della *procédure d'alerte* (o procedura d'allarme), che si ha quando il revisore dei conti nota fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'impresa e sollecita gli organi societari di provvedere in merito; se le difficoltà persistono, perché né gli amministratori né l'assemblea hanno risolto la situazione, il revisore dei conti deve informare il tribunale.³⁹

³⁹ Secondo LENOCI (*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ed Giuffrè 2010, 36) "il presidente del tribunale può convocare i dirigenti della società, allorché risulti da qualunque atto, documento o procedimento che l'impresa da essi diretta stia

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Vi è poi il **mandato ad hoc**, che si ha quando, su richiesta di qualunque interessato, il tribunale nomina un mandatario che abbia una determinata funzione all'interno dell'impresa in difficoltà, con il compito di coadiuvare gli organi societari nella ricerca della soluzione migliore per risolvere la crisi.

Un particolare rilievo ha poi la **composizione amichevole** (*règlement amiable*), secondo la quale, se l'impresa non si trova ancora in stato di insolvenza, il presidente del tribunale può nominare un conciliatore che abbia il compito di risollevere le sorti dell'impresa e cercare un accordo con i creditori.

Con la riforma del 2005 (*loi de sauvegarde des entreprises* del 26 luglio 2005 n. 845, entrata in vigore nel gennaio 2006), il *règlement amiable*, è stato sostituito dalla **conciliation** e dalla **sauvegarde**.

La prima somiglia molto alla composizione stragiudiziale ed è stata concepita dal legislatore come un meccanismo puramente volontario, in quanto la facoltà di farne domanda appartiene al solo imprenditore.

Sono state introdotte due novità importanti:

1) l'imprenditore è inteso in un senso molto largo, cioè non soltanto il rappresentante legale delle imprese commerciali ed artigiane, gli artigiani ed i commercianti, ma anche le persone che esercitano un'attività professionale indipendente, professioni liberali incluse;

2) la presentazione della domanda è subordinata all'esistenza di determinate condizioni: l'impresa o la persona devono essere in difficoltà giuridiche, economiche o finanziarie accertate o prevedibili, e non devono essere in cessazione di pagamento da più di 45 giorni.

In tal caso il debitore, con l'ausilio di un *conciliateur* nominato dal tribunale, può quindi tentare una composizione amichevole con i propri creditori sotto il controllo del tribunale.

La procedura di salvaguardia somiglia molto alla procedura di risanamento giudiziario (*redressement judiciaire*), al punto che la dottrina parla di risanamento giudiziario anticipato. Tuttavia, a ben vedere, le differenze sono notevoli.

Mentre la facoltà di presentare la domanda di accesso a una procedura di risanamento giudiziario appartiene all'imprenditore e ai suoi creditori, la facoltà di proporre la domanda di accesso a una procedura di salvaguardia appartiene al solo imprenditore che si trovi in stato di difficoltà, ma che non abbia ancora cessato i pagamenti⁴⁰.

incontrando difficoltà tali da comprometterne la continuazione. L'obiettivo della convocazione è quello di avviare un colloquio tra il presidente del tribunale e l'imprenditore, nel corso del quale essi potrebbero elaborare insieme le misure da adottare per far fronte alle difficoltà".

⁴⁰ WENNER-CARBONE (*Le procedure concorsuali in Francia*, in *Il Foro Padano*, ott-dic. 2010) rilevano che "in presenza di difficoltà finanziarie insormontabili di natura tale da

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

Però lo scopo delle due procedure è simile: la salvaguardia dell'impresa, la continuità dell'attività e dell'occupazione, l'estinzione delle passività. Le due procedure iniziano con una fase di osservazione che serve all'amministratore giudiziario per predisporre il bilancio economico, sociale e finanziario dell'impresa e per proporre al giudice la soluzione più adeguata in base alle proprie osservazioni. Soluzione che può essere la vendita totale o parziale dell'impresa.

Mentre nella procedura di risanamento giudiziario il debitore può essere interamente sostituito dall'amministratore giudiziario, nella procedura di salvaguardia è lasciato alla testa della sua impresa, con la sola sorveglianza dell'amministratore giudiziario, oppure può essere assistito da quest'ultimo⁴¹.

Nelle due procedure, se l'impresa è una società, il tribunale può subordinare l'adozione del piano di salvaguardia o di continuazione alla sostituzione dei dirigenti della società da parte dei soci.

Una volta ottenuta l'apertura della procedura, il debitore dovrà costituire due comitati dei creditori, uno in cui saranno riuniti gli istituti di credito, l'altro che raggrupperà i principali fornitori.

Sarà quindi presentato un progetto di piano di risanamento completo di tutte le misure ritenute necessarie (remissioni o dilazioni di credito, aumenti di capitale, ristrutturazioni aziendali, etc.).

Ogni comitato discute ed eventualmente corregge il piano. Lo stesso imprenditore assistito da un amministratore indicato dal tribunale farà quindi "la spola" fra i comitati, compreso quello degli obbligazionisti se ve ne sono, e i creditori pubblici.

I comitati votano il piano a maggioranza dei loro membri, secondo un voto ponderato che raggiunga i 2/3 del montante complessivo dei crediti e il 50% numerico

condurre alla cessazione dei pagamenti, il dirigente dell'impresa può chiedere l'apertura di una procedura di sauvegarde che comporta gli effetti tradizionali di una procedura concorsuale: la sospensione delle procedure individuali, l'obbligo per i creditori di sottomettersi alla verifica dei crediti, la designazione di un amministratore giudiziario e l'apertura di un periodo di osservazione destinato alla preparazione di una soluzione di riassetamento. Se invece il debitore è già in cessazione dei pagamenti, deve chiedere l'apertura di una procedura di redressement judiciaire o di una procedura di liquidazione giudiziaria se la sua impresa non può essere riassetata con un piano".

⁴¹ WENNER-CARBONE (*Le procedure concorsuali in Francia*, in *Il Foro Padano*, ott-dic. 2010) rilevano che l'amministratore giudiziario viene incaricato, "in caso di sauvegarde, di sorvegliare le operazioni di gestione. Il suo ruolo è quello allora di seguire attentamente l'amministrazione dei beni da parte del dirigente dell'impresa; in caso di redressement, di assistere il debitore per tutti gli atti relativi alla gestione. Il suo ruolo è quello quindi di intervenire a fianco dei dirigenti dell'impresa; di assicurare interamente o in parte l'amministrazione dell'impresa".

DIRITTO FALLIMENTARE

ISTITUTI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

degli aventi diritto. A questo punto il tribunale prende atto del raggiunto accordo sul piano e può procedere all'omologazione.

Oltre che alla procedura di salvaguardia e a quella di risanamento giudiziario, se l'imprenditore si trova in uno stato di cessazione dei pagamenti e non vi sono i presupposti di riassetto la sua attività, vi è la procedura di *liquidation judiciaire*.

Tale procedura - che potrà essere richiesta, dal debitore, entro 45 giorni dalla data di cessazione dei pagamenti o, dal debitore, dall'amministratore, dal *mandataire judiciaire*, dal Pubblico Ministero o d'ufficio, nel corso oppure al termine del periodo di osservazione delle procedure di *sauvegarde* e di *redressement* - sarà finalizzata alla vendita degli attivi della società e alla ripartizione tra i creditori delle somme risultanti dalle operazioni di vendita.

Vi sono, poi, due modi di chiudere le operazioni di liquidazione: o per estinzione del passivo oppure per insufficienza dell'attivo⁴².

⁴² WENNER-CARBONE (*Le procedure concorsuali in Francia*, in *Il Foro Padano* ott-dic. 2010) rilevano che "se la chiusura delle operazioni di liquidazione è stata causata dall'estinzione del passivo esigibile, la sentenza che chiude la procedura provoca immediatamente la cessazione delle funzioni degli organi della procedura. Se invece la chiusura delle operazioni è stata causata dall'insufficienza di attivo, il principale effetto della sentenza di chiusura della procedura è quello della mancata ripresa da parte dei creditori delle procedure individuali".

AZIONE DI ANNULLAMENTO DI DELIBERE SOCIETARIE: REGOLE PROCEDURALI DI DIRITTO COMUNE E DISCIPLINA SPECIALE DELLE AUTORITA' DI VIGILANZA

L'articolo prende in esame l'azione di annullamento delle delibere societarie esercitata dalle autorità di vigilanza, affrontando le problematiche derivanti dal coordinamento della normativa speciale di riferimento (TUB e TUF) con le regole generali di cui agli artt. 2377 ss. c.c.. In ragione del particolare ruolo istituzionale ricoperto da questo tipo di parti attrici, i nodi problematici e le criticità con cui deve confrontarsi qualsiasi soggetto impugnante – rispetto dei termini di decadenza, permanenza dell'interesse ad agire fino all'esito del giudizio, contenuto della domanda e dell'eventuale istanza cautelare, arbitrabilità della controversia... – emergono in maniera ancora più marcata e si rivelano motivo di dibattiti tuttora aperti.

di **GLORIA MILLEPEZZI**

1. Premessa

I paragrafi che seguono riportano problematiche di natura processuale comuni all'impugnazione di qualunque soggetto legittimato all'azione di cui all'art. 2377 c.c., prestando particolare attenzione alla legittimazione attiva delle autorità di vigilanza (Consob, Banca d'Italia, Isvap...). Tali soggetti, esterni e terzi rispetto alla società, possono agire per l'annullamento di atti societari solo in forza di determinate circostanze e seguendo particolari regole processuali, derogatorie rispetto a quelle degli organi societari o di soggetti terzi privi di funzioni di vigilanza delle società che hanno adottato le delibere di cui si contesta la validità.

Tali differenze procedurali trovano innanzitutto giustificazione nel peculiare ruolo che le autorità indipendenti rivestono rispetto alle società vigilate: basti considerare che gli amministratori, nonostante abbiano compiti di controllo nell'ambito della società nella quale operano, non sono funzionalmente paragonabili alle autorità in questione e, conseguentemente, non possono che seguire un diverso regime impugnatorio.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

In primo luogo, il potere di impugnazione degli amministratori (o del consiglio di sorveglianza) è qualificabile come «*straordinario*».¹ Esso è infatti residuale rispetto a quello dei soci, dei quali l'organo amministrativo cura però gli interessi di carattere remunerativo, come conseguenza indiretta del proprio agire nel perseguimento dell'interesse sociale. Le autorità di vigilanza sono invece legittimate all'impugnazione per ragioni che travalicano gli interessi della compagine sociale di riferimento, ponendosi rispetto ad essa come corpi esterni e istituzionalmente preordinati alla tutela del mercato. L'interesse di carattere generale cui sono ancorate queste impugnazioni e i connotati stessi delle autorità di vigilanza non renderebbero possibile l'esercizio in nome proprio di un diritto di impugnazione appartenente ad altri,² ma – allo stesso tempo – il potere in questione si distingue dall'azione propria del pubblico ministero o di enti esponenziali di interessi diffusi.³

Emerge quindi la veste di organo di chiusura di queste autorità indipendenti, che possono esperire la domanda di annullamento non per sopperire (se non implicitamente) alla carenza di requisiti di impugnazione dei soci, ma anche (e soprattutto) nei casi in cui gli organi di controllo interni alle società vigilate non esercitino il proprio poterdovere di impugnazione.

Seguendo un criterio compilativo procedente dal particolare al generale, le pagine seguenti illustreranno alcuni aspetti della norme che governano l'impugnazione delle autorità di vigilanza e tenteranno così di fare emergere i profili della disciplina speciale che sono effettivamente confluiti nel codice civile riformato.

A tal proposito, si noti che il menzionato tipo di prassi di redazione legislativa non è passata inosservata in dottrina, la quale⁴ ha rilevato che la tendenza ad una siffatta compilazione normativa – estensiva di regole di settore alle norme del codice – si manifesta frequentemente, soprattutto in ambito commerciale. Chi si è espresso sul punto ha notato che «*la storia recente della riforma del diritto societario configura un approccio legislativo singolare: anziché riformare prima il diritto azionario comune e, successivamente, costruire lo statuto speciale della società quotata si è proceduto in*

¹ ZANARONE, *La disciplina delle deliberazioni annullabili*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *L'assemblea*, in *Trattato delle società per azioni*, 3**, Torino, 1993, 354.

² L'art. 81 c.p.c. prescrive, infatti, che «*fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*».

³ Per osservazioni in merito alla peculiarità dell'impugnazione delle autorità di vigilanza rispetto a questi altri soggetti, si veda DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle deliberazioni delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, in *Diritto Commerciale*, III, Società, II, Milano, 2005, 2369 ss.

⁴ MONTALENTI, *La società quotata: da provincia separata dell'impero a laboratorio per il diritto comune*, in MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 12.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

modo inverso».⁵ Il carattere anticipatorio delle disposizioni che regolano le società quotate rispetto al successivo intervento riformatore del diritto commerciale comune non risulta, infatti, poco frequente.

Malgrado ciò, l'intenzione di ridurre il “gradino normativo” tra la disciplina delle società aperte e di quelle chiuse, provoca problemi di coordinamento e di individuazione della disciplina applicabile, come si avrà occasione di rilevare *infra*. L'applicazione delle regole impugnatorie delle autorità di vigilanza ha infatti suscitato non pochi dubbi interpretativi, a causa della dubbia estensibilità delle ordinarie regole codicistiche a tali particolari attori.

2. La legittimazione attiva delle autorità di vigilanza

Le leggi speciali che legittimano la Banca d'Italia e la Consob ad impugnare le deliberazioni societarie sono il d.lgs. n. 385 del 1993 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, d'ora in poi TUB) e il d.lgs. n. 58 del 1998 (testo unico delle disposizioni in materie di intermediazione finanziaria, da ora TUF). In particolare, le norme attributive del potere impugnatorio alla Banca d'Italia sono gli artt. 24 e 25 del TUB, mentre la legittimazione attiva della Consob trova fondamento negli artt. 110, 120, 122 e 157 del TUF.

Dalle sopracitate disposizioni è possibile inferire che – a differenza degli altri legittimati attivi – le autorità di vigilanza non godono di un potere di impugnazione di carattere generale. Una prima evidenza di specialità è rinvenibile nel fatto che le delibere suscettibili di impugnazione sono esclusivamente quelle provenienti da banche, società quotate o altri intermediari vigilati.

L'impugnabilità in questione è inoltre circoscritta a tre ambiti.

Al primo sottoinsieme di ipotesi appartengono le deliberazioni adottate con voto determinante di detentori di partecipazioni non consentite o soggetti inottemperanti agli obblighi di trasparenza. Più precisamente, i primi si configurano come detentori di partecipazioni “rilevanti” in quanto eccedenti la soglia consentita o detentori privi di autorizzazione, mentre per inosservanza dei doveri di trasparenza si intende l'omessa comunicazione in merito alle partecipazioni rilevanti e l'esistenza di patti parasociali aventi ad oggetto il voto.⁶ Tra i casi riconducibili a questa categoria è altresì menzionabile, *ratione materiae*, la fattispecie della delibera adottata col voto determinante di soggetto inottemperante all'obbligo di offerta pubblica d'acquisto che detenga partecipazioni rilevanti in società aperte.⁷

⁵ MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance mercati finanziari*, cit., 12.

⁶ Art. 24 TUB in relazione alla legittimazione della Banca d'Italia e artt. 120 e 122 TUF per la titolarità della Consob.

⁷ Art. 110 TUF.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

Un'altra ipotesi patologica è quella delle delibere prese con il voto determinante di detentori di partecipazioni rilevanti non in possesso dei requisiti di onorabilità e/o professionalità. (art. 25 TUF)⁸

Infine, legittimazione speciale è riconosciuta alla Consob in caso di delibere di approvazione del bilancio viziate per il mancato rispetto dei criteri di redazione previsti dalla legge (art. 157 TUF).

La scelta legislativa di attribuire legittimazione attiva anche a talune autorità di vigilanza sembra dettata dalla natura dell'interesse protetto nei casi sopraelencati. Basti infatti considerare come il riferimento all'assenza dei requisiti di onorabilità e/o professionalità del soggetto votante rievoca un'area di incisione potenzialmente più ampia rispetto a quella degli interessi del singolo. La giurisprudenza, a commento della norma che legittima la Consob all'impugnazione, ha affermato che la «*la "ratio" della previsione normativa è da ricercarsi nell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, cui l'Autorità di Vigilanza è preposta*»⁹ e ha parlato di «*perseguimento di un interesse "lato sensu" pubblico*»¹⁰.

In ragione delle caratteristiche degli organi da cui promanano le delibere viziate impugnabili dalla Consob, può verificarsi il caso in cui la legittimazione attiva dell'autorità venga meno in corso di giudizio, a causa di eventi quali il sopravvenuto fallimento della società che ha emesso la delibera e il conseguente *delisting* della stessa. È, infatti, inderogabilmente stabilito che la Consob può impugnare esclusivamente gli atti delle società sottoposte alla sua vigilanza, ovvero delle società quotate.

Si noti altresì che quasi tutte le ipotesi l'impugnazione sono subordinate al fatto che il voto irregolare sia stato indispensabile per l'adozione della delibera. Da ciò si desume come l'interesse ad impugnare alla base della legittimazione di Consob e Banca d'Italia abbia quella natura prettamente «*superindividuale*»¹¹ che ben si addice alla funzione di tutela e controllo del buon andamento dei mercati dei due organi. La prova di resistenza dell'indispensabilità del voto viziato ai fini dell'adozione dell'atto esprime il *favor* del legislatore per la conservazione delle delibere assembleari, nel generale interesse dell'economia nazionale. Questo concetto, già radicato nella disciplina di

⁸ Oltre all'art. 25 TUF, che conferisce il potere impugnatorio alla Banca d'Italia, cfr. l'art. 14 del TUF per l'individuazione delle modalità con le quali il Ministero dell'economia e finanza fissa i requisiti di onorabilità in questione e la titolarità dell'azione *ex artt.* 2377 ss. c.c. anche alla Banca d'Italia o alla Consob. Si veda anche l'art. 61, comma 2 ss., TUF, sui mercati regolamentati di strumenti finanziari. Il testo stabilisce infatti i poteri (anche) impugnatori della Consob e le modalità di determinazione dei requisiti di «*onorabilità, professionalità e indipendenza*» o degli obblighi di *disclosure* dei soggetti emittenti.

⁹ Trib. Milano, 6 dicembre 2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate*, in *Scritti giuridici in onore di Vittorio Buonocore*, cit., 2369.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

settore per le società aperte nel 1998, si rivelerà caposaldo della riforma delle società in generale del 2003.¹²

Per di più, l'espansione della normativa speciale a quella generale in taluni suoi profili si trae anche, ad esempio, dallo stesso art. 2377, comma 5, c.c., che prevede le ipotesi di non annullabilità della delibera. Il requisito dell'«indispensabilità ai fini dell'adozione della deliberazione» emerge nuovamente, nella misura in cui essa «*non può essere annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale costituzione non sia determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369; 2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta*».¹³

Dal momento che il nostro ordinamento – soprattutto dal 2003 – cerca di garantire la certezza dei traffici commerciali anche al di fuori del mercato regolamentato, il moltiplicarsi delle condizioni di azionabilità dell'impugnazione ex 2377 c.c. da parte dei soggetti vigilanti non dovrebbe sorprendere.

Eccezioni al requisito dell'indispensabilità del voto di cui si è detto sono tuttavia ravvisabili agli artt. 120, comma 5, TUF e 157, comma 2, TUF. Tale scelta legislativa potrebbe trovare giustificazione nel fatto che le due violazioni sembrerebbero già in *re ipsa* lesive di un interesse superiore. A conferma di ciò, dalla giurisprudenza in tema di partecipazioni reciproche (di cui all'art. 120, comma 5, TUF) e di impugnazione di bilancio redatto in violazione dei criteri normativi di riferimento (di cui all'art. 157, comma 2, TUF),¹⁴ è possibile cogliere la pluralità di interessi potenzialmente coinvolti in tali fattispecie.

In aggiunta, attenta dottrina¹⁵ ha affermato che le azioni di impugnazione delle autorità di vigilanza sono solitamente da qualificare come azioni di annullamento e non di nullità. Questo dipende dal fatto che l'art. 2379 c.c. autorizza «*chiunque ne abbia interesse*»¹⁶ ad impugnare una delibera nulla. In questo modo esso fa venir meno ogni questione di titolarità ad agire, salvi i casi in cui gli elementi addotti non siano sufficienti ad integrare una delle fattispecie di invalidità o sia spirato il termine per impugnare.

Inoltre, tra gli elementi che delimitano il potere di impugnazione delle autorità di vigilanza vi sono alcune particolari condizioni dell'azione che ne fanno comprendere la specialità, soprattutto se raffrontate alle regole ordinarie di azione annullamento.

¹² MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 2 ss.

¹³ Art. 2377, comma 5, n. 1 e 2, c.c..

¹⁴ Si veda, per esempio, Trib. Arezzo, 13 ottobre 2011, reperibile in www.dejure.it

¹⁵ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., p. 2364.

¹⁶ Art. 2379, comma 1, c.c.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

3. Termini di impugnazione delle delibere assembleari: regola generale ed eccezioni

Uno dei summenzionati indici di specialità della legittimazione attiva di Consob e Banca d'Italia è il diverso termine di impugnazione di cui godono tali autorità: il legislatore della normativa speciale ha ritenuto opportuno fissarlo in centottanta giorni (o sei mesi), mentre l'art. 2377, comma 6, c.c. prescrive il più breve termine di novanta giorni.¹⁷

Oltre a considerazioni in merito alla *ratio* e alle conseguenze che tale discrasia comporta in sede di coordinamento tra le due fonti normative, alcuni aspetti comuni ai due termini possono facilmente essere colti.

Nei paragrafi successivi verrà dato conto delle regole generali sui termini di impugnazione delle delibere societarie di cui al sesto comma dell'art. 2377 c.c. e di quelle speciali, stabilite dalla normativa di settore, con particolare attenzione alle problematiche derivanti in sede di applicazione dal coordinamento della disciplina di cui al TUF e al TUB con le norme del codice civile.

3.1. Art. 2377, comma 6, c.c.

L'azione volta a ottenere la pronuncia di annullamento di una delibera societaria (al pari della domanda di risarcimento del danno) può essere esperita nel termine di novanta giorni decorrenti «*dalla data della deliberazione, ovvero, se è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro tre mesi dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio delle imprese, entro tre mesi dalla data di questo*».¹⁸

Dottrina e giurisprudenza quasi unanimi¹⁹ ritengono che il termine sia previsto a pena di decadenza. Mentre l'argomento letterale dell'espressa qualificazione del termine di cui all'art. 2379 *ter* c.c. come decadenziale (altresì riscontrabile nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003) non è stato ritenuto sufficientemente solido e persuasivo, quello teleologico, ovvero del *favor* del legislatore per la stabilità degli atti societari, è stato principalmente addotto a fondamento della tesi. Tuttavia, la medesima

¹⁷ Per quanto concerne il *dies a quo* del termine si veda il paragrafo successivo.

¹⁸ Art. 2377, comma 6, c.c..

¹⁹ CHIAPPETTA, *Annullabilità delle deliberazioni*, in MARCHETTI e BIANCHI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006, 288; LENER, *Soggetti legittimati e termini di impugnazione*, in NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2006, 553; SPAGNUOLO, *Annullabilità delle deliberazioni*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 355; SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 662.

Per l'orientamento minoritario, che parla invece di prescrizione, cfr. PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2003, 968.

In giurisprudenza, si veda Cass., 5 giugno 1984, n. 3406, in reperibile in www.dejure.giuffrè.it.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

esigenza non sembra sussistere al di fuori della tutela reale, rispetto alla quale la brevità del termine per agire avvalendosi degli strumenti di cui agli artt. 2377 ss. c.c. ha suscitato perplessità in dottrina.²⁰

La nuova formulazione della norma non presenta molte differenze rispetto a quella antecedente alla riforma.

In primo luogo, recependo quanto sostenuto dalla dottrina,²¹ il dettato dell'articolo oggi vigente ha specificato che ai fini della decorrenza del termine utile per l'impugnazione rileva anche il deposito della deliberazione presso il registro delle imprese – ove previsto – e non solo l'iscrizione.

Il profilo di novità più accentuato concerne, però, il *dies a quo*, ora decorrente dalla data del deposito presso l'ufficio del registro delle imprese per tutte le delibere (quali quelle di approvazione del bilancio) per le quali è previsto tale incombente.

Il legislatore della riforma non ha tuttavia sostituito l'ambivalente nozione di «*data della delibera*»²² con un'espressione più definita, non ponendo soluzione al dibattito²³ interpretativo sorto attorno a tale locuzione. L'orientamento maggiormente accreditato esclude che essa consista nella data dell'assemblea,²⁴ conferendo invece importanza al giorno della verbalizzazione e, soprattutto, alla trascrizione del verbale di cui all'art. 2422 c.c.. Solo in seguito alla trascrizione del verbale dell'assemblea nel libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari sussiste, infatti, la conoscenza legale del contenuto del verbale da parte dei soci. La presunzione di conoscibilità gravante su questi soggetti discende dal loro diritto di accedere al contenuto del verbale documento, del quale essi potranno anche estrarre copia, a loro spese, *ex art. 2422*, comma 1, c.c..

La suestesa lettura, inoltre – individuando il decorso del termine di decadenza nel momento dell'effettiva conoscenza del contenuto della delibera – agevola il socio nell'esercizio dell'azione di annullabilità. Si consideri, appunto, che il termine particolarmente breve di novanta giorni rende l'esigenza di tutelare le possibilità di reazione dei soggetti interessati all'annullamento particolarmente difficile da realizzare,

²⁰ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 661.

²¹ Cfr. JAEGER, *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni: problemi giuridici*, Milano, 1980, 122. L'Autore espone la tesi a favore della rilevanza del deposito come *dies a quo*, svolgendo considerazioni sul potere impugnatorio della Consob della delibera di approvazione del bilancio delle società aperte.

²² Art. 2377, comma 6, c.c..

²³ Già anteriormente alla riforma del 2003 l'argomento è stato oggetto di riflessioni in dottrina. Tra tutti, si veda ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 338.

²⁴ CHIAPPETTA, *Commento all'art. 2377*, in ASSEMBLEA, in MARCHETTI e BIANCHI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, cit., 660.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

imponendo alle parti attrici oneri addirittura più gravosi di quelli che deve sopportare chi impugna per ottenere la declaratoria di nullità della delibera (azione *ex art.* 2379 c.c.). Quest'ultima prevede il maggior termine di tre anni e, tuttavia, evita ogni ambiguità, facendo espresso riferimento alla «*trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea*». ²⁵ È possibile inferire che, *a fortiori*, il medesimo *dies a quo* dovrebbe considerarsi sussistente nell'ipotesi parallela di cui all'art. 2377 c.c..

Per di più, nel momento in cui la delibera è assunta non è detto che tutti i suoi vizi siano già venuti ad esistenza. Per rispondere a questo possibile inconveniente, tra i motivi di impugnazione *ex art.* 2377 c.c. è altresì prevista l'ipotesi dell'annullabilità della delibera il cui verbale sia incompleto o inesatto in modo tale da non renderne possibile «*l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione*». ²⁶ Ancora, pare il caso di non trascurabile il fatto che il verbale delle deliberazioni assembleari potrebbe essere redatto non contestualmente all'assemblea. L'ammissibilità di tale verbalizzazione non contestuale all'assemblea si evince dall'art. 2375, comma 3, c.c., a mente del quale il verbale deve «*essere redatto senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione*». ²⁷

È stato tuttavia osservato che seguendo questa interpretazione può sorgere l'inconveniente che il soggetto impugnante esperisca regolarmente l'azione, ma in un momento in cui la delibera ha già avuto esecuzione. ²⁸ Nulla esclude che il termine previsto per l'esecuzione della delibera sia più breve rispetto a quello per il deposito.

In quest'ultima eventualità non sarebbe però proponibile l'istanza sospensiva, per assenza di *periculum in mora*.

Da ciò deriveranno altresì conseguenze negative in merito all'effettiva possibilità di esperire l'azione di risarcimento *ex art.* 2377, comma 4, c.c., la quale presuppone che gli effetti dannosi della delibera si siano già verificati.

Tuttavia, non sembrano esserci ragioni per escludere impugnazioni anteriori all'inizio della decorrenza del termine di decadenza. La natura del termine di novanta giorni ha infatti funzione acceleratoria, mentre la collocazione del *dies a quo* in un momento di forte presunzione di conoscibilità consiste in una tutela per il soggetto impugnante. Ciononostante, questi potrebbe aver appreso *aliunde* del contenuto della deliberazione a lui lesiva, potendo così aver facoltà – non obbligo – di far valere le proprie pretese impugnatorie immediatamente.

L'interesse ad agire tempestivamente può essere dettato dal fatto che gli effetti di talune deliberazioni possono facilmente verificarsi prima della conclusione del giudizio

²⁵ Art. 2379, comma 1, c.c..

²⁶ Art. 2377, comma 5, n. 3, c.c..

²⁷ Art. 2375, comma 3, c.c..

²⁸ Lo stesso avverrebbe in qualsiasi ipotesi di delibera *self-executive*.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

di primo grado (e quindi di una pronuncia giurisdizionale provvisoriamente esecutiva). Basti pensare alle delibere di aumento o riduzione del capitale, di emissione di obbligazioni nelle società quotate o a quelle di trasformazione, fusione o scissione e l'effetto di consolidamento irreversibile della loro iscrizione nel registro delle imprese.

Per evitare che, in uno dei casi suddetti, il processo radicato sulla base di una effettiva lesione si estingua a causa del venir meno della materia del contendere, sono però previsti gli strumenti cautelari *ex* artt. 2378, comma 3, c.c. e 700 c.p.c., delle quali può avvalersi anch'essa.

Passando all'analisi dell'art. 2378, comma 6, c.c., dal suo nuovo testo è possibile cogliere un'imperfezione formale, poiché l'originario termine di tre mesi è stato mutato in novanta giorni solo per la prima ipotesi, rimanendo inalterato per le delibere iscritte nel registro delle imprese. Termine di tre mesi viene altresì previsto per il neo-introdotta caso delle deliberazioni soggette a deposito. Di conseguenza, per il computo del termine negli ultimi due casi dovrà applicarsi l'art. 155, comma 2, c.p.c., in combinato disposto con l'art. 2963, comma 4, c.c.. Il termine ultimo per l'impugnazione si verificherà durante il terzo mese successivo all'adempimento pubblicitario e in data corrispondente all'ultimo giorno del mese iniziale.

Ulteriore profilo processuale che è stato oggetto di riflessioni e mutamenti di orientamento, soprattutto in giurisprudenza, riguarda l'applicabilità della sospensione feriale dei termini²⁹ di cui all'art. 2377, comma 6, c.c..

Per quanto una presa di posizione negativa possa sembrare coerente con i valori di stabilità degli atti assembleari perseguiti dal legislatore, la questione ha subito un'evoluzione giurisprudenziale avente esito diverso. In particolare, un primo orientamento della Suprema Corte³⁰ escludeva la sospensione feriale di detti termini, ancorando la tesi alla natura decadenziale³¹ del termine di impugnazione delle delibere societarie.

L'orientamento successivamente consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità³² – poi recepito da quella di merito³³ – depose invece a favore della sospensione feriale, in quanto allargò la sfera dei termini di natura processuale, ricomprendendovi anche quello *ex* 2377, comma 6, c.c.. Il carattere processuale deriva

²⁹ V. art. 1, l. 7 ottobre 1969, n. 742.

³⁰ V. Cass., 23 agosto 1985, n. 4494, in *Dir. fall.*, 1986, II, 475.

³¹ La natura decadenziale del termine di cui all'art. 2377, comma 6, c.c. era stato dalla medesima Corte di Cassazione riconosciuta nel 1984, con la pronuncia del 5 giugno 1984, n. 3406, reperibile in www.dejure.giuffrè.it.

³² Cass., 24 maggio 1991, n. 6041, reperibile in www.dejure.giuffrè.it; Cass., 18 aprile 1997, n. 3351, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 333.

³³ V. Trib. Napoli, 25 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1026.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

dal fatto che il diritto in questione non potrebbe ricevere tutela in sede stragiudiziale.³⁴ Siffatto insegnamento della Cassazione è di pochi mesi successivo a un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge sulla sospensione feriale effettuata dalla Corte costituzionale,³⁵ rispetto alla quale si pone in modo adesivo.

3.2. Termini di impugnazione delle autorità di vigilanza

Le autorità di vigilanza possono esperire l'azione di annullamento delle delibere societarie entro il termine di centottanta giorni – anziché di novanta –, come è stabilito dalla regola di diritto comune. La previsione di questo più ampio margine temporale pare confermare il carattere di non alternatività o sussidiarietà della impugnazione delle autorità rispetto a quella degli altri legittimati attivi.

Tuttavia, la comparazione dei motivi di impugnazione delle due tipologie di soggetti agenti (autorità di vigilanza e soggetti interni alla società o terzi non preposti alla vigilanza) porta a negare che le azioni dei primi abbiano carattere esclusivo. Infatti, ben potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui la medesima delibera venga legittimamente impugnata da un'autorità di vigilanza e dai soggetti di cui all'art. 2377 c.c.. Per questo motivo, la dottrina³⁶ ha formulato tesi volte a giustificare la variabilità dei termini di esercizio dell'azione di annullabilità a seconda della diversa connotazione soggettiva.

Il ruolo cui sono istituzionalmente preordinate le autorità di vigilanza ha portato a escludere che la non coincidenza di durata dei termini impugnatori sia stata prevista in modo che esse possano calibrare il potere impugnatorio in base all'attività o inerzia processuale dei soggetti legittimati attivi ordinari.³⁷ Diversamente opinando, la discrepanza temporale porterebbe ad affermare che le autorità di vigilanza siano legittimate *secundum eventum litis*, astenendosi quindi dall'impugnazione nel caso in cui nei primi novanta giorni dall'iscrizione o deposito della delibera non si siano verificate altre impugnazioni oppure che queste non abbiano dedotto i motivi che l'autorità è interessata a far valere. Ciononostante, non sussistono né argomenti letterali né teleologici tali da supportare una siffatta ricostruzione.

Non vi sono, però, neanche ostacoli legislativi per cui l'impugnazione dell'autorità esperita nei primi novanta giorni sia inammissibile.

In aggiunta, si noti che, quand'anche l'azione *ex art.* 2377 c.c. venisse proposta dai soggetti ivi indicati, l'evoluzione processuale non sarebbe prevedibile a priori. Ad esempio, in virtù della disponibilità dei diritti fatti valere nell'ambito del giudizio

³⁴ Oggi è tuttavia pacifica l'applicabilità delle norme in questione nell'eventuale devoluzione ad arbitri della controversia.

³⁵ Corte cost., 2 febbraio 1990, n. 49, in *Giur. it.*, 1990, I, 1026 ss..

³⁶ CHIARLONI (commentario diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2008, 86 ss..

Per considerazioni sui profili processuali di maggior interesse si faccia riferimento agli interventi raccolti in <http://www.judicium.it>.

³⁷ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, cit., 2373.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

ordinario di cognizione, i soggetti impugnanti potrebbero rinunciare alle pretese originariamente fatte valere e provocare l'estinzione del processo.

Per di più, imponendo alle autorità di vigilanza – anche solo a mero titolo di “*good practice*” – di esercitare l'azione non prima che sia spirato il termine ultimo di impugnazione per gli altri legittimati attivi, l'interprete finirebbe per connotare l'azione delle autorità come sussidiaria e preordinata alla tutela di interessi individuali. Al contrario, dottrina maggioritaria³⁸ afferma la natura pubblicistica dell'interesse sotteso all'azione *de qua*.

Dalle regole di impugnazione delle autorità di vigilanza – e dal gradino normativo generato dal loro raffronto e integrazione con gli artt. 2377 ss. c.c. – discende un'altra questione di carattere pratico, attinente al coordinamento della legislazione speciale in punto di termini con l'art. 2378, comma 5, c.c.. Quest'ultimo stabilisce che un'unica sentenza deve decidere tutte le impugnazioni relative alla stessa deliberazione, previa riunione delle domande giurisdizionali e istruzione congiunta di un solo giudizio.

A meno che sia stata proposta istanza cautelare di sospensione, inoltre, la trattazione del merito è subordinata al termine dilatorio di novanta giorni di cui all'art. 2377, comma 6, c.c..

Il medesimo principio di economia processuale è comunque anche sancito dalle norme generali dell'ordinario processo di cognizione, tra le quali l'art. 274 c.p.c. regola la riunione dei procedimenti relativi a cause connesse. Il giudice dispone la riunione delle cause (o ne rigetta la relativa istanza) con ordinanza non impugnabile, in quanto la decisione sull'opportunità di trattare congiuntamente più cause connesse non può che essere rimessa alla sua prudente valutazione. Tuttavia, il giudice non potrà riunire controversie che non si trovano in uguale stato processuale. Di conseguenza, nel caso in cui uno o più soggetti impugnanti non presentino tempestiva istanza di fissazione dell'udienza, la strada della riunione sarà preclusa.

La diversa durata del termine per impugnare di centottanta giorni rende ancora più probabile che le cause introdotte dell'autorità di vigilanza verranno trattate separatamente.

Il secondo periodo del sesto comma dell'art. 2378 del codice civile, al fine di assicurare il *simultaneus processus*, impone inoltre un termine dilatorio per la fissazione dell'udienza di trattazione che non considera il più ampio margine temporale di impugnazione delle autorità di vigilanza. Esso è infatti pari a novanta giorni dalla data della deliberazione (iscrizione o deposito della stessa) e può quindi creare problemi

³⁸ Cfr. SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 691; LENER, *Sub art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), in *Società di capitali, commentario*, cit., 550.

Si veda anche DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2369.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

applicativi qualora tra i soggetti impugnanti vi sia anche un'autorità di vigilanza. La dottrina³⁹ ha in particolare messo in luce l'ipotesi in cui il giudice riesca a fissare l'udienza prima che sia trascorso il termine utile per l'impugnazione delle autorità di vigilanza. La fissazione dell'udienza di trattazione in termini così brevi è un'ipotesi tutt'altro che irrealizzabile: ciò potrebbe ben verificarsi qualora il convenuto fosse interessato ad una celere soluzione della controversia e avesse presentato la domanda di fissazione della trattazione di merito congiuntamente alla comparsa di risposta.

Relativamente a quest'ultima eventualità, è stato osservato che di fronte a successiva (ma tempestiva) impugnazione dell'autorità, le cause manterrebbero la loro autonomia.

Pertanto, l'eventuale annullamento della delibera impugnata farebbe cessare la materia del contendere anche dei giudizi successivi, mentre un esito negativo dell'impugnazione non potrebbe espandersi a soggetti rimasti estranei al primo giudizio.

4. Sostituzione della delibera e impugnazione delle autorità di vigilanza

Ancora in un'ottica di raffronto e comparazione della regola particolare con la disciplina generale, risulta utile la figura della sostituzione della delibera «*con altra presa in conformità della legge e dello statuto*»,⁴⁰ prevista dall'art. 2377, comma 8, c.c.. Le conseguenze di tale evento, verificabile in pendenza dell'azione di annullamento, fanno facilmente cogliere la natura dell'interesse ad agire delle autorità di vigilanza.

Invero, qualora l'assemblea dei soci adotti una delibera valida e suscettibile di sostituire quella impugnata, l'azione di annullamento diventa, di regola, improcedibile.

In siffatte ipotesi, venendo meno l'interesse dell'impugnante a ottenere l'annullamento, il giudice conclude il giudizio liquidando le spese di lite e si pronuncia sull'eventuale domanda di risarcimento del danno.

L'art. 2377, comma 8, c.c., che descrive il «*potere [e gli effetti dell'] autoannullamento*»⁴¹ dell'assemblea, integra completamente le norme del TUF e TUB sulle quali stiamo soffermando l'attenzione, ad eccezione del fatto che alle autorità impugnanti non spetterà mai – per ovvie ragioni – alcun risarcimento del danno.

Coordinando le due fonti normative emerge anche una considerazione riconducibile al particolare scenario della riunione di più impugnazioni della medesima delibera. Le osservazioni discendenti da tale caso valgono, infatti, per le autorità di

³⁹ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2377.

⁴⁰ Art. 2377, comma 8, c.c..

⁴¹ Trib. Roma, 26 giugno 1981, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 265, con commento in senso adesivo di F. CHIOMENTI, *L'annullamento delle proprie delibere da parte degli enti collettivi*. L'orientamento verrà confermato dalla Suprema Corte con la sentenza del 21 ottobre 1987, n. 7754, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 419.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

vigilanza così come per eventuali portatori di interessi particolari e distinti rispetto a quelli fatti valere nella medesima eventualità litisconsortile.

Più precisamente, è necessario specificare che, nel caso in cui l'azione *ex art.* 2377 c.c. sia stata esercitata da diverse tipologie di soggetti, non è detto che l'improcedibilità conseguente alla sostituzione si verifichi per tutti gli attori. La sostituzione può infatti avvenire solo parzialmente e, di conseguenza, non eliminare tutti i vizi dell'atto impugnato. La delibera sostitutiva, sanando solo alcuni aspetti di non conformità alla legge o allo statuto, permetterebbe la soddisfazione delle pretese originariamente dedotte limitatamente ad alcuni soggetti. La sopravvenuta impossibilità di ottenere una pronuncia di annullamento per questi ultimi non esclude però che anche il giudizio instaurato dall'autorità di vigilanza debba venir meno.

Nel nostro caso, l'estinzione del giudizio introdotto dalle autorità di vigilanza è circoscritto al verificarsi di due eventualità.

La prima ipotesi sanante può essere ricostruita contestualizzando il generico riferimento alla conformità alla legge di cui all'art. 2377, comma 8, c.c.: affinché possa ritenersi soddisfatta la pretesa dell'autorità di vigilanza è sufficiente (e necessario) che il paradigma normativo rispettato dalla nuova delibera sia quello delle specifiche disposizioni speciali, attributive della legittimazione attiva alle autorità stesse.

L'altra ipotesi si verifica invece qualora l'atto assembleare sostitutivo venga adottato anche con il medesimo contenuto, ma senza il voto determinante dei soggetti che ne avevano cagionato le invalidità sancite dalle leggi speciali.

Soffermandosi ancora una volta sulla specialità della legittimazione attiva conferita alle autorità di vigilanza, pare qui opportuno rilevare che in caso di riunione di impugnazioni di una medesima delibera poi oggetto di sostituzione da parte dell'assemblea che l'aveva adottata, le distinte domande di annullamento mantengono la propria autonomia in merito alle sorti processuali, pur essendo confluite nel medesimo giudizio. In dottrina è stato infatti affermato che l'interesse ad impugnare sussiste anche allorquando l'avvenuta sostituzione della delibera non abbia travolto alcuni aspetti della delibera precedente. L'ordinamento consente perciò ai soggetti interessati di servirsi della via giudiziaria nel tentativo di ottenere la rimozione di questi effetti residui.

5. L'istanza di sospensione dell'efficacia della delibera. Regola di diritto comune e sospensiva dell'autorità di vigilanza

L'istanza di tutela cautelare eventualmente proposta dalle autorità di vigilanza non presenta difformità rispetto alla domanda avanzata dagli altri soggetti impugnanti, se non alcune limitate peculiarità derivanti dalla *ratio* della legittimazione attiva delle autorità medesime. La nuova formulazione dell'art. 2378 c.c. ha infatti rimosso alcuni problemi interpretativi sui quali si erano diffuse dottrina e giurisprudenza anteriormente alla riforma del 2003.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

Il riferimento normativo della disciplina sulla sospensione delle delibere impugnate è costituito dal combinato disposto degli artt. 2378, commi 3 e 4, c.c. e 35, commi 5 e 5-bis, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Il terzo comma dell'art. 2378 c.c. sgombra il campo da incertezze relative alla legittimazione a richiedere la sospensione, sostituendo l'originario riferimento al «*socio opponente*»⁴² con l'attributo «*impugnante*».⁴³ Di conseguenza, non vi è oggi alcun dubbio in merito alla possibilità anche per le autorità di vigilanza impugnanti di proporre l'istanza sospensiva.⁴⁴ Letture “metaletterali” volte ad ammettere tale estensione erano già state suggerite,⁴⁵ adducendo soprattutto argomenti di natura logica. A suo dire, sarebbe infatti inopportuno precludere la tutela cautelare proprio a quei soggetti – autorità di vigilanza, ma anche amministratori e sindaci – il cui interesse ad agire risiede il più delle volte in ragioni sopraindividuali.

In caso di impugnazione delle autorità di vigilanza, è stato altresì rilevato che la tutela cautelare – ove richiesta – viene nella prassi sempre accordata. Secondo un orientamento⁴⁶ la pericolosità sottesa all'esecuzione delle delibere è in questi casi tale da giustificare la sospensione degli effetti dell'atto a prescindere dalle valutazioni del giudice. La potenzialità lesiva si considera infatti riconosciuta dal legislatore nel momento in cui sono state elaborate le disposizioni speciali che legittimano all'azione le autorità di vigilanza.

Un altro indirizzo⁴⁷ ha invece precisato che l'interesse dell'economia nazionale alla base della stessa legittimazione attiva non dispensa l'organo giudiziale dall'effettuare la valutazione comparativa di cui all'art. 2378, comma 4, c.c.. Quest'ultima lettura distingue il piano del giudizio di comparazione «*del pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione della delibera*»⁴⁸ rispetto a quello dell'esito del giudizio. Nonostante quest'ultimo risulti nel concreto sempre favorevole all'autorità di vigilanza, la stessa è comunque gravata dall'onere di indicare il *fumus boni iuris* e il *periculum libertatis* nella sua previa istanza.

⁴² Art. 2378, comma 3, c.c. prima della riforma del 2003.

⁴³ Art. 2378, comma 3, c.c. nella formulazione oggi vigente.

⁴⁴ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2380.

⁴⁵ ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 414.

⁴⁶ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2386.

⁴⁷ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 691.

⁴⁸ Art. 2378, comma 4, c.c..

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

Il testo riformato dell'art. 2378, comma 4, c.c. recepisce talune tesi di dottrina e giurisprudenza⁴⁹ nella parte in cui stabilisce che per valutare la sussistenza di esigenze cautelari è necessario tener altresì conto del pregiudizio che subirebbe la società dalla sospensione della delibera. In particolare, alcune pronunce della giurisprudenza di merito avevano escluso che la potenziale lesione dell'interesse di singoli soci potesse giustificare la concessione di una misura cautelare, sostenendo la sola rilevanza del buon andamento della società come criterio di riferimento.

La tesi opposta – affermata da autorevole dottrina⁵⁰ – non solo contrasterebbe oggi con la lettera del dettato normativo,⁵¹ ma sarebbe inadeguata ad esprimere il *favor* dell'ordinamento per la stabilità degli atti assembleari. Questa tendenza della disciplina post-riforma parrebbe infatti negare la sola rilevanza di un interesse *uti singulo* come meritevole della tutela in questione. Ciò risulta anche coerente con la visione di interesse sociale come interesse “aziendalistico” – ormai invalsa in tra gli interpreti⁵² e consolidatasi in giurisprudenza.⁵³

La dottrina⁵⁴ parrebbe inoltre concorde nell'affermare la natura meramente quantitativa dei criteri di valutazione di cui dovrà servirsi il giudice. Secondo questa opinione l'irreparabilità del pregiudizio renderebbe quindi superflua la comparazione.

Aspetto che invece ha mantenuto una certa problematicità anche dopo la riforma del 2003 riguarda l'oggetto del provvedimento sospensivo. In particolare, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate su come interpretare l'espressione «*sospensione dell'esecuzione della delibera*»,⁵⁵ utilizzata dal codice per indicare il *petitum* dell'istanza cautelare. Una interpretazione letterale sembrerebbe escludere la sospensione di delibere autoesecutive (quali quelle di revoca o nomina degli amministratori o di modifica dello statuto), in quanto al momento dell'istanza l'esecuzione è già iniziata. In tali ipotesi, tuttavia, l'utilità della sospensione

⁴⁹ Cfr., per esempio, Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1440 e Trib. Bari, 18 maggio 1999, in *Giur. comm.*, 2000, 152.

⁵⁰ ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 412.

⁵¹ L'art. 2378, comma 3, c.c. non subordina più la tutela sospensiva al mero “interesse della società”, ma prevede il giudizio di ponderazione degli interessi di cui si è detto e permette a qualsivoglia “impugnante” di accedere alla relativa istanza.

⁵² Si veda, per tutti, MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 95.

⁵³ Si vedano, per esempio, Trib. Torino, 13 luglio 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 129 e Trib. Milano, 31 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1865.

⁵⁴ CHIAPPETTA, *Procedimento d'impugnazione*, in MARCHETTI e BIANCHI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, cit., 302; LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 473.

⁵⁵ Art. 2378, comma 3, c.c..

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

sembrerebbe ravvisabile ogniqualvolta le delibere – ancorché già eseguite – continuino a dispiegare i loro effetti sulla compagine societaria. Di questa possibile esigenza sospensiva si sono resi portavoce i giudici di merito, i quali si sono espressi a favore della sospensione delle delibere *self-executive* i cui effetti «*non si siano definitivamente realizzati ed esauriti*». ⁵⁶ Nel caso contrario, in cui tutti gli effetti si siano già consumati, l'eventuale arresto dell'efficacia dell'atto conseguirebbe unicamente a una revoca. ⁵⁷

A tal proposito, la tesi restrittiva ⁵⁸ – che pare oggi superata – si ancora alla non definitività del provvedimento di sospensione e alla specificazione che nel caso di specie l'anticipazione degli effetti della sentenza di annullamento non può essere completa. ⁵⁹ La sola sentenza di annullamento – in virtù della sua efficacia retroattiva – sarà quindi in grado di rimuovere gli effetti della delibera *self-executive*.

Il rigore di quest'ultima dottrina è smorzato dallo strumento cautelare residuale di cui all'art. 700 c.p.c., che essa riconosce come sempre applicabile, ⁶⁰ qualora ne sussistano i presupposti. In relazione all'art. 700 c.p.c. non sono altresì mancate letture meno garantiste: in ragione della specialità della disciplina in questione è stata sostenuta la non applicabilità della tutela cautelare innominata. Per quanto concerne, invece, l'istanza delle autorità di vigilanza, l'indiscussa specialità della normativa che fonda la loro legittimazione ad agire ha condotto ad escluderne l'impiego dello strumento *ex art. 700 c.p.c.* ⁶¹

Dalla disciplina, introdotta nel 2003, in materia di arbitrato è, tuttavia, possibile trarre argomenti a sostegno della tesi estensiva, già avanzata dalla giurisprudenza antecedente alla riforma. ⁶² In particolare, l'art. 35, comma 5, d.lgs. 5/2003 attribuisce all'arbitro la competenza esclusiva e funzionale di disporre (qualora richiesta e con ordinanza non reclamabile) «*la sospensione dell'efficacia*» ⁶³ delle delibere assembleari oggetto di giudizio di impugnazione che sia stato compromesso in arbitrato. Alla luce del mutato quadro normativo, la tesi restrittiva del potere sospensivo del giudice

⁵⁶ Cfr. Trib. Padova, 21 maggio 2005 (“caso Antonveneta”), reperibile in www.dircomm.it e la meno recente pronuncia del Trib. Piacenza, 6 maggio 1989, in *Dir. fall.*, 1989, II, 1128.

⁵⁷ Per questo rilievo, si veda Trib. Torino, 9 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1871.

⁵⁸ Trib. Monza, 28 settembre 1981, in *Giur. comm.*, 1982, II, 333.

⁵⁹ ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 409.

⁶⁰ ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 410.

Nello stesso senso, cfr. GOMELLINI, *Sulla sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 935 ss..

⁶¹ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2385.

⁶² Cfr. Trib. Milano, 25 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 1676.

⁶³ Art. 35, comma 5, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

dell'impugnazione farebbe emergere un'incoerenza sistematica non giustificabile. Più precisamente, l'autorità giudiziaria godrebbe di un sindacato più ristretto rispetto all'arbitro, ove gli si precludesse il potere di sospendere l'efficacia della delibera impugnata e non della mera esecuzione.

In conclusione, l'orientamento oggi maggioritario è favorevole alla lettura estensiva dell'art. 2378, comma 4, c.c. e riconduce quindi la nozione di «*sospensione della delibera*»⁶⁴ al più ampio concetto di «*sospensione dell'efficacia della deliberazione*».⁶⁵

Ancora in tema di tutela cautelare, l'art. 2378, comma 3, c.c. stabilisce espressamente che, in caso di «*eccezionale e motivata urgenza*»,⁶⁶ la sospensiva possa essere disposta dal presidente del tribunale in via provvisoria. Quest'ultima espressione sostituisce la precedente locuzione «*gravi motivi*»⁶⁷ e restringe l'ambito di applicazione della tutela cautelare *inaudita altera parte*, in coerenza col principio della stabilità degli atti assembleari. Inoltre, il codice stabilisce che – nel caso in cui la sospensiva venga accordata – il contraddittorio deve essere instaurato, entro quindici giorni, nella forma di udienza di comparizione delle parti, delle quali il decreto cautelare indicherà gli estremi.

Questo tipo di istanza sospensiva – da formularsi in apposito e distinto ricorso – presuppone infatti la citazione. L'evidenza della necessità della (previa) citazione *ex art.* 2378, comma 1, c.c. può essere tratta anche dal fatto che il comma terzo consente all'impugnante di proporre istanza sospensiva contestualmente al deposito dell'atto di citazione «*anche in copia*»,⁶⁸ proprio per far fronte all'eventualità che l'originale notificato non sia ancora stato restituito all'istante da parte dell'ufficio giudiziario. Dall'espressa previsione dell'onere di citazione sembrerebbe possibile inferire la non proponibilità dell'istanza *ante causam*.⁶⁹

Il meccanismo di cui al comma terzo dell'art. 2378 c.c. parrebbe indicativo del carattere necessariamente provvisorio della sospensione dell'efficacia della delibera, accordata ad esito di una fase processuale autonoma rispetto al merito. Ciononostante,

⁶⁴ Art. 2378, comma 4, c.c..

⁶⁵ Si veda, per esempio, COREA, *Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 66.

⁶⁶ Art. 2378, comma 3, c.c. (testo vigente).

⁶⁷ Art. 2378, comma 3, c.c. prima della riforma del 2003.

⁶⁸ Art. 2378, comma 3, c.c..

⁶⁹ CHIAPPETTA, *Procedimento d'impugnazione*, in MARCHETTI e BIANCHI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, cit., 298. Per l'orientamento contrario, cfr. MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle S.p.a.*, II, *L'impugnazione*, in *Società*, 2003, 679 ss..

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

attenta dottrina⁷⁰ ha notato che il decreto che dispone la sospensiva assume nella prassi una funzione tendenzialmente anticipatoria, a causa dell'influenza che questa prima deliberazione di solito esercita sullo sviluppo del processo.⁷¹ Inoltre, il fatto che l'arbitro disponga la sospensione cautelare con «*ordinanza non reclamabile*»⁷² ha condotto a rilevare come in tale modo si rischi «*di introdurre quasi un anomalo "procedimento sommario"*».⁷³

Quest'ultima preoccupazione ha trovato confermata negli studi che hanno rilevato la considerevole risonanza assunta dall'istituto della sospensione della delibera nella prassi operativa.⁷⁴ In particolare, il fattore di incremento delle istanze sospensive è stato individuato nelle varie preclusioni apportate dalla riforma alla tutela reale e nell'inadeguatezza del residuale rimedio risarcitorio.

Inoltre, vi sono alcune deliberazioni che, seppur viziate, diventano inimpugnabili a partire dalla loro iscrizione nel registro delle imprese o dalla parziale esecuzione, in ragione del loro contenuto. Questo dato risulta evidente dalle norme sull'invalidità delle delibere quelle delle delibere di fusione e di scissione, alle quali si sono aggiunte – dopo la riforma del 2003 – quelle di trasformazione e (nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio) le delibere di aumento e riduzione del capitale e di emissione di obbligazioni.

I summenzionati eventi, preclusivi non della semplice impugnazione ma – a monte – della pronuncia di invalidità delle stesse delibere, possono essere evitati solo per mezzo di una istanza di sospensione.

Al fine di controbilanciare l'incremento delle domande di tutela cautelare e, quindi, di scoraggiare istanze proposte nella consapevolezza del probabile esito negativo del giudizio di merito, l'art. 2378, comma 4, c.c. prevede altresì che il giudice possa subordinare l'accoglimento di tali istanze alla prestazione di idonea garanzia per l'eventuale risarcimento dei danni, da versarsi alla società in caso di futuro esito negativo del merito.

Al medesimo comma quarto, inoltre, il legislatore ha disposto che la valutazione comparativa degli interessi venga preceduto dall'audizione di amministratori e sindaci.

⁷⁰ SANZO, *Invalidità delle deliberazioni delle società per azioni*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 460.

⁷¹ SANZO, *ibidem*. In particolare, l'Autore rileva che «*forse non è azzardato affermare che il processo di impugnazione il più delle volte esaurisce la propria efficacia concreta con l'adozione del provvedimento di sospensione*».

⁷² Art. 35, comma 5, d.lgs. 5/2003.

⁷³ MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance mercati finanziari*, cit., 348.

⁷⁴ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 685.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

La dottrina⁷⁵ ha ravvisato anche in tale inciso l'intenzione del legislatore di predisporre uno strumento di tutela dell'interesse societario avverso impugnazioni pretestuose. Questa *ratio* si realizza soprattutto in seguito ad un'interpretazione estensiva della nozione di amministratori, nella quale vanno compresi altresì i componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza (in caso sistema dualistico) e i membri del comitato di controllo nell'ipotesi di modello monistico. Sempre a garanzia della società e delle attuali strategie aziendalistiche, è parso opportuno coinvolgere nella consultazione solamente gli amministratori e sindaci in carica al momento dell'impugnazione.

Per quanto riguarda, però, lo specifico caso delle domande cautelari proposte dalle Autorità di vigilanza, le eventualità di abuso dello strumento cautelare, a scopi meramente dilatori, pare non essere ipotizzabile, in ragione del ruolo istituzionale di tutela della trasparenza dei mercati e dell'economia nazionale. Si noti, infatti, che il giudice è privo di titolo per disporre cauzioni a carico delle autorità di vigilanza istanti per la sospensione degli effetti della delibera impugnata.

6. L'arbitrato delle controversie di impugnazione delle delibere e le autorità di vigilanza come parti attrici

Ultima peculiarità del regime di impugnazione cui devono attenersi le autorità di vigilanza verte sulla non arbitrabilità delle controversie da esse instaurate.

Come è noto, il legislatore del 2003 ha riformato la disciplina in materia di arbitrato societario. In particolare, le norme che rilevano in tema di impugnazione di delibere societarie di fronte agli arbitri, sono l'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (sull'oggetto e gli effetti delle clausole compromissorie), nonché gli artt. 35 e 36, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 che, seppur incidentalmente, ammettono la deferibilità ad arbitri delle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari.

Interrogandosi su numerose questioni in materia di arbitrato, gli interpreti hanno individuato casi in cui le caratteristiche soggettive dell'impugnante escludono la possibilità dello stesso di rivolgersi alla giustizia arbitrale.⁷⁶

Più precisamente, per quanto qui rileva, nell'ipotesi di uno statuto societario contenente una clausola compromissoria valida, è stata presa in esame l'ipotesi di impugnazione della delibera annullabile da parte di Banca d'Italia e Consob. A questo proposito è ravvisabile l'impossibilità delle suddette autorità di vigilanza di accedere allo strumento arbitrale, a causa della non disponibilità in capo ad esse delle materie di impugnazione di loro competenza.

⁷⁵ LENER, *Commento all'art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, cit., 564.

⁷⁶ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2391 ss..

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

Inoltre, la vincolatività della clausola compromissoria nei confronti delle autorità di vigilanza è stata esclusa, ritenendo che la vincolatività che l'art. 34, comma 3, d.lgs. 5/2003 prescrive per la società e tutti i soci⁷⁷ non può essere estesa ad esse.

Di conseguenza, anche qualora altri soggetti legittimati abbiano esercitato l'impugnazione di fronte ad arbitri, le autorità di vigilanza non potrebbero far altro che impugnare la medesima delibera innanzi al giudice ordinario. Le autorità di vigilanza non saranno neppure soggette all'autorità dell'eventuale lodo pronunciato tra le parti che si sono avvalse della clausola arbitrale.

È stato altresì notato⁷⁸ che la contemporanea pendenza di talune cause davanti ad arbitri e della vertenza dell'autorità di vigilanza non darebbe luogo al fenomeno della litispendenza, neppure in caso di coincidenza di oggetto processuale. Questo è dovuto al fatto che non vi è identità delle parti impugnanti e che l'art. 39 c.p.c., in tema litispendenza, si applica ai soli giudici, senza alcuna possibile estensione ad autorità paragiudiziali quali gli arbitri.

Appurata quindi l'impossibilità per le autorità di vigilanza di avvalersi della clausola arbitrale, il tema può essere ricondotto alla problematica, di ordine più generale, relativo alle materie compromettibili in arbitrato. Ove si riconoscesse che le questioni potenzialmente oggetto di contestazione da parte delle autorità di vigilanza implicano la lesione di interessi non disponibili e, quindi, ove si appurasse la non deferibilità ad arbitri di tali controversie, ogni riflessione in rapporto all'eventuale difformità di giudicato dell'autorità giudiziale e della pronuncia arbitrale non avrebbe infatti ragione d'essere.

7. Considerazioni conclusive

Le peculiarità che connotano le regole cui le autorità di vigilanza devono attenersi affinché la loro impugnazioni siano ammissibili (o non affette da improcedibilità), al pari delle differenze di carattere anche solo meramente procedurale che le distinguono dagli altri attori, offrono quindi l'opportunità per affrontare taluni profili problematici dell'annullamento di delibere seguendo un'ottica inversa, che procede dal particolare al generale.

Tale tipo di approccio, che – senza alcuna pretesa di completezza – si è cercato di perseguire attraverso l'illustrazione di alcuni connotati procedurali, ha il vantaggio di individuare immediatamente i nodi critici del meccanismo di impugnazione *ex art. 2377 ss. c.c.* globalmente inteso.

⁷⁷ Nella nozione di “soci” rientrano anche i soggetti la cui qualità di socio è oggetto di controversia.

⁷⁸ DE SANTIS, *Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., 2392.

STUDI E OPINIONI

DELIBERE ASSEMBLEARI: IMPUGNAZIONE DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA

In altri termini, le suesposte criticità non possono che risultare amplificate per le autorità di vigilanza e, di conseguenza, hanno portato il legislatore a predisporre un'adeguata disciplina speciale per le impugnazioni delle delibere societarie effettuate da questo tipo di parti attrici, in deroga alle norme generali in tema di azione di annullamento.

GLI APPALTI PUBBLICI*

L'Autrice, Giudice presso il TAR Piemonte, prende a pretesto la normativa sui contratti pubblici di appalto (d. lgs. n. 163/2006 e del d.pr. n. 207/2010), per illustrare le ragioni dell'intervento del giudice amministrativo nella contrattualistica pubblica (casi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e delle revoche illegittime). In particolare prende in esame le ipotesi di una possibile giurisdizione del giudice amministrativo successive alla conclusione del contratto.

Avverte il lettore che lo scritto è stato elaborato alla luce del d.lg. n. . n. 163/2006 e del dpr. n. 207/2010.

di **PAOLA MALANETTO**

Il presente scritto riassume l'esito di alcune riflessioni sviluppate il 21 maggio 2015 in un costruttivo confronto tra Tar Piemonte e Tribunale Ordinario di Torino nella materia degli appalti pubblici, che necessariamente vede le due giurisdizioni tangersi e spesso sovrapporsi.

La riflessione del giudice amministrativo muove principalmente dalla casistica del TAR Piemonte focalizzandosi, data la finalità di confronto tra due plessi giurisdizionali, sulle fattispecie che vengono valutate (talvolta indistintamente) da entrambe i giudici: trattasi in particolare della vertenze in tema di responsabilità precontrattuale e, più in generale, di quelle che, incidendo direttamente o indirettamente sul contratto di appalto, pongono dubbi di giurisdizione.

Il punto di vista qui espresso è quello del giudice amministrativo.

1. Le ragioni costituzionali e comunitarie di intervento del giudice amministrativo nella contrattualistica pubblica.

Per tentare un inquadramento sistematico delle ipotesi in cui il Tar ha ritenuto la sussistenza della propria giurisdizione, con scelta che si ritiene comunitariamente e costituzionalmente coerente, non è inutile un inquadramento dei pur noti principi in cui la giurisdizione amministrativa in materia di appalti si inserisce.

La disciplina degli appalti pubblici rinviene, oggi, in gran parte la propria origine in sede comunitaria; sono le direttive (17 e 18/2004 e, a breve, 23, 24 e 25/2014, oltre alla direttiva 66/2007, fondamentale per il contenzioso) che individuano lo

* Il saggio costituisce la rielaborazione della Relazione tenuta al Convegno "Gli appalti pubblici", tenutosi a Torino il 21 maggio 2015.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

standard e le modalità di tutela che il concorrente in una gara di pubblico appalto può e deve ottenere nel contesto dell'ordinamento comunitario.

L'impianto delle direttive, come il diritto dell'Unione Europea in generale, ignora la domestica divisione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e, conseguentemente, detta una disciplina sostanziale e di tutela unitaria riferita al "*marché public*", il quale indistintamente ingloba la fase che nel nostro ordinamento è propriamente definita dell' "evidenza pubblica" e la fase dell'esecuzione in senso stretto.

Questa elementare considerazione spiega in parte le incertezze nel tracciare i confini di un riparto di giurisdizione che non rinviene un puntuale presupposto nella normativa dell'Unione Europea la quale concepisce gli *standards* di tutela di tutti gli interessi in gioco come un *unicum*, dall'indizione della gara fino al termine di regolare esecuzione del contratto.

Nel contesto dell'Unione un giudice francese, ad esempio, innanzi al quale il riparto tra giudice ordinario e amministrativo è dettato essenzialmente dalla natura soggettiva delle parti in causa (la presenza della parte pubblica chiama di norma in causa il giudice amministrativo) e che conosce il concetto di "contratto di diritto amministrativo", ossia di rapporto negoziale che legittimamente presenta peculiarità e deroghe alla disciplina comune in ragione della presenza di una parte pubblica, probabilmente troverà corrispondenze più immediate rispetto al modello delle direttive comunitarie; resta evidente che la doverosa trasposizione è ben possibile nel nostro ordinamento (la normativa comunitaria non può che rispettare e dare per presupposte le scelte ordinamentali degli Stati membri, soprattutto in materia processuale, sicchè ogni recepimento legittimamente impone degli adattamenti rispetto all'ordinamento nazionale) facendo attenzione, per risolvere le ipotesi dubbie, alle coordinate, da un lato, del nostro criterio del riparto, dall'altro del senso e fine ultimo della disciplina dell'evidenza pubblica di derivazione comunitaria.

Quanto al punto di vista dell'ordinamento nazionale, atteso che in materia di affidamento di gare pubbliche il GA è dotato di giurisdizione esclusiva (art. 133 lett. e) c.p.a.), le coordinate del riparto, per quanto qui di interesse, si rinvengono ancora nelle note pronunce Corte Cost. n. 204/2004 e Cass. SU n. 500/99.

La prima decisione ha chiarito che il senso ultimo della giurisdizione esclusiva è dato dall'inestricabile commistione di posizioni giuridiche soggettive purchè, comunque, sussista un esercizio di potere e che, quest'ultimo, si può rinvenire tanto in atti che, più genericamente, in comportamenti; la seconda ha affermato, con soluzione oggi recepita dal codice del processo amministrativo, che il risarcimento del danno non costituisce una "materia" a se stante bensì una tecnica di tutela applicabile a qualsivoglia materia, e costituisce parte integrante dell'effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

Muovendo da queste coordinate pare coerente quanto stabilito dal giudice amministrativo, sin dalla decisione Cons. St. ad. plen. n. 5/2006, che ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a quei comportamenti della parte pubblica che, nella gestione di una procedura di evidenza pubblica, incorra in una lesione del legittimo affidamento pre-contrattuale dei concorrenti, ad esempio revocando un bando per aver erroneamente valutato la sussistenza delle necessarie coperture di spesa.

L'Adunanza Plenaria ha evidenziato che il giudice amministrativo dispone di giurisdizione esclusiva in una fase, quella dell'evidenza pubblica sino all'aggiudicazione, in cui è connaturata la commistione tra diritti e interessi, e tanto lo rende il naturale destinatario dell'eventuale azione precontrattuale del privato.

Il principio risulta coerente con quanto stabilito dalla citata pronuncia del giudice delle leggi: la previsione di una giurisdizione esclusiva si giustifica perché, benché l'attività del soggetto pubblico possa essere riguardata anche da un punto di vista "privatistico" in termini di correttezza nella gestione delle trattative, è indubbio, e non può essere dimenticato anche per individuare le ipotesi di responsabilità precontrattuale meritevoli di tutela, che l'amministrazione non conduce le sue trattative liberamente o come un qualunque operatore del mercato, né ha solo l'onere di rispettare le aspettative dei concorrenti, quanto piuttosto, nel rispettare queste ultime, ha l'onere di realizzare i complessivi fini dell'evidenza pubblica che tutela interessi più ampi di quelli dei singoli concorrenti.

Si arriva così "all'intersezione" con l'altra cornice di principi che inquadra la materia: la disciplina comunitaria della concorrenza *sub specie* di evidenza pubblica.

Accostandosi alla problematica della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione non si può infatti dimenticare che il "mercato" è diventato un bene della vita in sé tutelato (tanto che una legittimazione straordinaria ad impugnare davanti al giudice amministrativo, per ragioni di oggettiva illegittimità, atti anticoncorrenziali è intestata all'Antitrust ai sensi dell'art. 21 bis l. n. 287/1990 introdotto dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011, convertito in l. n. 214/2011); esso tenta di conciliare gli interessi degli imprenditori, quelli dei consumatori e, in materia di appalti pubblici, quelli alla stessa creazione e sviluppo di un mercato unico, visto come fattore di crescita.

Le più recenti direttive in materia di appalti danno poi ampio spazio a finalità quali il *green-procurement* o le cosiddette clausole sociali. Si esplicita, cioè, che i soggetti pubblici possono impostare le gare d'appalto con lo specifico fine di raggiungere scopi di interesse generale quali favorire prodotti ecologici o "bio", indurre il risparmio energetico, salvaguardare i livelli occupazionali. Il mercato degli appalti è, quindi, strumento di politica economica da parte del soggetto pubblico che, evidentemente, trascende, pur inglobandole, le mere aspettative di concorrenza "nel mercato".

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

Anche nell'ordinamento nazionale è acquisito che la concorrenza alla cui tutela mira l'evidenza pubblica non è tanto e solo quella "nel mercato" (che vede quali principali attori le imprese e i consumatori) ma soprattutto quella "per il mercato", che presenta profili macroeconomici di maggiore complessità; il significato complesso della concorrenza nell'evidenza pubblica mi pare perfettamente riassunto dal giudice delle leggi nella pronuncia Corte cost. n. 43/2011 nella quale si legge: "Con riferimento alla fase della procedura amministrativa di evidenza pubblica, l'ambito materiale prevalente è quello della tutela della concorrenza. In particolare, nello specifico settore degli appalti pubblici vengono in rilievo norme che si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza "per" il mercato (sentenze n. 186 del 2010; n. 283 e n. 160 del 2009; n. 322 del 2008; n. 431 e n. 401 del 2007). In relazione alla fase negoziale, che ha inizio con la stipulazione del contratto, questa Corte ha più volte precisato (da ultimo citata sentenza n. 160 del 2009) come l'amministrazione si ponga in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisca nell'esercizio non di poteri amministrativi, bensì della propria autonomia negoziale. Ne consegue che la disciplina della predetta fase deve essere ascritta prevalentemente all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto. Ciò, però, non significa – si è puntualizzato, in particolare, con la sentenza n. 401 del 2007 – che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva."

E' questo profilo macroeconomico che consente, ed anzi impone, al contraente pubblico di perseguire finalità più ampie rispetto a quelle di interesse dei singoli concorrenti e che giustifica sia l'immanente presenza di un esercizio di potere pubblico in questa fase sia, conseguentemente, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il nostro sistema degli appalti vede quindi una prima fase, fino all'aggiudicazione, intrisa di esercizio di potere, di cui l'amministrazione deve far buon governo, come in ogni esercizio di potere, anche rispettando le prerogative dei singoli ma nei limiti in cui queste ultime si concilino con le complessive esigenze della concorrenza "per il mercato"; nella seconda fase, contrattualistica in senso stretto, in linea di principio domina l'ordinamento civile e le parti si collocano su un piano di parità, con coerente giurisdizione del GO, anche se non mancano possibili momenti a prevalenza pubblicistica, su cui *infra* § 5.

2. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Restando per ora alla fase dell'evidenza pubblica in senso proprio, in cui spesso si radica la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, quest'ultima, nel gestire

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

una gara deve certamente rispettare le prerogative dei concorrenti, senza ingenerare affidamenti che poi viola.

Tuttavia, nei rapporti con la pubblica amministrazione, perché un privato possa invocare un affidamento violato e tutelabile bisogna che gli aspetti quantomeno estrinseci ed essenziali dell'evidenza pubblica siano stati rispettati.

Si assiste invece spesso a domande risarcitorie contro amministrazioni che (il più delle volte in coincidenza con il cambio dei vertici) tentano di rimediare a procedure palesemente illegittime (o perché la doverosa procedura è stata del tutto omessa o perché ne è stata adottata una del tutto incongruente rispetto a quella prescritta); il beneficiario dagli esiti della procedura illegittima allora tenta di reagire all'arresto procedimentale imposto dall'amministrazione seguendo la strada della responsabilità precontrattuale.

In casi di questo tipo si ritiene che l'aspirante all'illegittimo beneficio non possa rivendicare alcuna lesione di affidamento. Proprio per la complessità tipica del mercato degli appalti, in cui l'impresa è uno degli attori e dei soggetti tutelati ma evidentemente non l'unico (sono ugualmente tutelati, ad esempio, gli altri omogenei concorrenti pretermessi proprio per la mancata adozione di una corretta procedura di evidenza pubblica) pare che, per lamentare un danno di carattere precontrattuale, innanzitutto il concorrente debba poter spendere un "legittimo" affidamento. Ora se non vi è dubbio che tale legittimo affidamento sussiste, ad esempio, là dove l'amministrazione bandisca una gara per un'opera e poi, all'ultimo, revoca il bando perché priva dei necessari fondi (il concorrente, estraneo all'amministrazione, non può certo conoscere, in quanto *interna corporis*, la situazione finanziaria del contraente pubblico), o ancora quando semplicemente l'amministrazione, dopo aver ritenuto di interesse un'opera ed aver indotto gli operatori del mercato a formulare proposte, muti le proprie strategie, tutt'altro scenario si presenta quando un soggetto del mercato degli appalti pubblici intrattiene rapporti con l'amministrazione sulla base di una palese violazione dell'evidenza pubblica (assenza totale di gara, gara palesemente incongruente con il suo oggetto).

In un contesto di questo tipo risulta difficile individuare un "legittimo affidamento" tutelabile in capo al concorrente: la disciplina dell'evidenza pubblica è e deve essere, infatti, nota a tutti gli operatori del mercato dei pubblici appalti dotati di minima diligenza nei suoi caratteri essenziali (dunque quantomeno per gli aspetti che riguardano gli oneri di indire la gara e la pubblicità); è nell'interesse del mercato, e quindi di tutti gli operatori, che detta disciplina venga rispettata nelle sue coordinate principali.

Sussiste quindi una nitida differenza tra l'ipotesi di aspettative deluse per colpa dell'amministrazione (che inopinatamente perde i fondi, cambia strategia, o anche solo, nella gestione della procedura commette errori non prevedibili o conoscibili dai

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

candidati) e ipotesi non tutelabili di tentativi di lucrare sulla violazione dell'evidenza pubblica in quanto tale.

Il concorrente che si intrattiene in trattativa privata là dove la legge vorrebbe l'evidenza pubblica e poi non ottiene il contratto non subisce eventi estranei alla propria sfera giuridica ma vede semplicemente ripristinata la legalità; analogamente è a dirsi se si insiste per una proroga *contra legem*, o si prende parte ad una gara per la quale la pubblicità effettuata non ha alcuna coerenza con l'oggetto.

In fattispecie di questa natura il Tar ha dunque negato il risarcimento da responsabilità precontrattuale perché la possibilità di leggere l'agire amministrativo in termini di creazione di affidamento ai sensi degli artt. 1337 ss. c.c. è stata ritenuta sussistere solo in tanto in quanto detto agire rispetti le coordinate minime e a tutti note dell'evidenza pubblica (Tar Piemonte sez. II 28.7.2015 n. 1238).

La stessa Corte di Cassazione ha negato la sussistenza dei presupposti per la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione "qualora la mancata approvazione (*ndr* del contratto) derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato." (Cass. sez. I, n. 11135/2009; similmente Cass. sez. I, 18932/2012).

La soluzione qui proposta pare trovare logico riscontro nell'art. 73 della Direttiva 24/2014 che stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono avere la possibilità di "risolvere" un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso quando "c) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati e dalla presente Direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'art 258 TFUE".

Non si vede come nel contesto di una illegittimità che, ai sensi della normativa comunitaria, eccezionalmente legittima anche lo scioglimento di un contratto in corso di esecuzione, possa sostenersi che l'amministrazione, che si attiva preventivamente per bloccare la stipulazione illegittima, possa incorrere in responsabilità.

Esclusa quindi la responsabilità precontrattuale nelle illustrate ipotesi di radicale illegittimità della procedura di evidenza pubblica, la casistica offre al giudice le seguenti ipotesi: domande risarcitorie connesse a revoche o arresti procedurali risultati illegittimi in esito a contenzioso e domande risarcitorie connesse ad ipotesi di revoca in sé legittima.

3. Revoche illegittime: responsabilità precontrattuale o da atto illegittimo?

Le fattispecie di revoca illegittima, valutate innanzi al giudice amministrativo, sono state qualificate quale responsabilità precontrattuale "spuria"; trattasi in verità di responsabilità da atto illegittimo, tipica della cognizione del giudice amministrativo, e

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

che da parte di questo giudice trova per lo più ristoro in forma specifica, con possibile ripristino dello *status quo* a favore del danneggiato e, solo ove ciò non sia più possibile, tramite risarcimento del danno.

Se l'atto di revoca viene riconosciuto illegittimo il ricorrente avrà innanzitutto interesse e diritto a vedere la procedura conclusa a suo favore e, in subordine, potrà rivendicare un danno da atto illegittimo in quanto tale.

Non vi è particolare utilità ad invocare la responsabilità "precontrattuale" in queste ipotesi in quanto ciò si tradurrebbe in un ridimensionamento del risarcimento a favore del ricorrente: mentre infatti nella responsabilità precontrattuale si riconosce la risarcibilità dell'interesse negativo, nella responsabilità da atto amministrativo illegittimo si riconosce la risarcibilità dell'interesse positivo (ancorché, per lo più, nella forma di perdita di *chance*).

Da ricordare poi che, in materia di appalti, la responsabilità da atto illegittimo si configura, per giurisprudenza comunitaria, anche in assenza di prova di colpa in capo alla pubblica amministrazione (Corte di Giustizia 30.9.2010, in causa C- 314/2009), altro elemento che rende pressoché inutile e non vantaggioso da parte del concorrente danneggiato invocare la responsabilità precontrattuale (sul regime della colpa nella responsabilità precontrattuale si veda *infra* § 4).

In definitiva in questi casi la responsabilità precontrattuale diviene una sorta di doppione meno favorevole della responsabilità da atto illegittimo, a meno di immaginare che le due responsabilità si sommino con l'effetto, improprio, di duplicare il risarcimento di un unico danno.

Il ristoro dell'interesse positivo riconosciuto in caso di responsabilità da atto illegittimo ingloba infatti il ristoro dell'interesse negativo.

4. Arresti procedurali legittimi e responsabilità precontrattuale.

La responsabilità precontrattuale vera e propria di cui il giudice amministrativo più spesso conosce, in forza dei principi affermati da Cons. St. Ad Plen. 6/2005, è dunque sostanzialmente quella da atto legittimo.

Sussistono infatti numerosi casi in cui, pur non sussistendo i presupposti per l'annullamento dell'atto (l'amministrazione decide di non realizzare più l'opera e blocca la procedura senza possibilità che l'opera le venga "imposta"; vengono a mancare i fondi, ancorché per "colpa" dell'amministrazione; mutano le condizioni di fatto, essendosi la gara protratta per lungo tempo con mutamento del contesto che rende il progetto come approvato non più realizzabile), l'attività procedimentale posta in essere ha ingenerato un legittimo affidamento inciso della condotta del soggetto pubblico e tutelabile in capo al privato.

Per una complessa ipotesi di riconosciuta responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in fattispecie di revoca, legittima, dell'aggiudicazione, si può ad esempio leggere Tar Piemonte sez. II n. 1906/2014. La vertenza ha visto anche un

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

intervento delle Sezioni Unite (Cass. SU 14260/2012) che hanno precisato che, ove l'inefficacia del contratto sia conseguenza dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, sussiste la giurisdizione del GA anche in relazione alle connesse azioni restitutorie e di arricchimento senza causa.

Sullo specifico ultimo punto la giurisdizione sembra essere stata affermata più per ragioni di economia processuale che di sistematica generale, non ravvisandosi ragioni perchè la giurisdizione del GA si estenda anche ad azioni di mera restituzione a valle di un contratto, là dove l'effetto ultimo dell'attività autoritativa può al limite colpire l'efficacia del titolo. Risulta invece coerente l'attribuzione al giudice amministrativo della responsabilità precontrattuale intesa come responsabilità per aver impegnato il ricorrente (con condotta di matrice e valenza indubbiamente pubblicistica ed autoritativa) nelle trattative e nelle offerte per un contratto poi caducato.

Sull'argomento paiono opportune due ulteriori precisazioni.

La giurisprudenza civile ha ormai acquisito il concetto per cui la responsabilità precontrattuale può essere invocata anche ferma la validità ed efficacia del contratto; la fattispecie risarcitoria si concretizza in queste ipotesi quando il contraente può dimostrare che, se avesse conosciuto tutti in necessari elementi, avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse.

La fattispecie non può essere agevolmente traslata ai contratti conclusi a valle di procedure di evidenza pubblica; infatti l'offerta prima graduata di una procedura di evidenza pubblica è tale per le sue oggettive caratteristiche, cristallizzate nell'aggiudicazione; non si vede come, quindi, un concorrente potrebbe utilmente sostenere che "avrebbe concluso ad altre condizioni" quando verosimilmente "ad altre condizioni" non sarebbe più stato primo graduato, e quindi vincitore.

Ancora una posizione spesso critica è quella del controinteressato di un giudizio annullatorio che, dall'accoglimento del ricorso, vede caducato il proprio contratto.

Quale tutela e innanzi a quale giudice può invocare questo terzo?

Innanzitutto pare evidente che il presupposto della tutela sia che il concorrente-controinteressato, come *supra* evidenziato per il ricorrente, possa spendere un legittimo affidamento; perché egli possa quindi invocare una qualsivoglia tutela, quale che ne sia il giudice, devono sussistere quei presupposti minimi di rispetto delle coordinate dell'evidenza pubblica in mancanza dei quali non può sorgere un affidamento. E' evidente, ad esempio, che se la ragione dell'accoglimento del ricorso deriva dalla mancanza di requisiti di partecipazione in capo allo stesso controinteressato, trattandosi di vizi afferenti la sua sfera giuridica, non vi è spazio per invocare un suo affidamento.

Superato questo primo passaggio residuano ipotesi in cui il terzo controinteressato, che di fatto ha "beneficiario" di una violazione dell'evidenza pubblica (la quale è venuta in emersione con l'accoglimento del ricorso), possa dirsi incolpevole e quindi invocare un legittimo affidamento: si pensi a un vizio di composizione della

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

commissione giudicatrice o ad errori del *modus procedendi* di quest'ultima, o ad una erronea esclusione di altro concorrente, tutte circostanze che il terzo subisce senza colpa.

Un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per il danno subito dal terzo in seguito alla caducazione del contratto è stata incardinata innanzi al giudice ordinario (Cass. SU 15260/2014).

La soluzione pare ragionevole; in effetti dal mero esercizio del potere (cattivo) il terzo ha ottenuto un vantaggio (il contratto); l'effetto dannoso si è concretizzato solo a valle della pronuncia del giudice amministrativo, che ha ripristinato la legittimità delle procedure; il danno pare quindi piuttosto un effetto indiretto del cattivo esercizio di potere (in quanto mediato dall'intervento del giudice) e come tale la giurisdizione del giudice amministrativo non sembra abbracciarlo, appunto perchè indiretto, se non per ragioni di concentrazione delle tutele; siffatta ultima soluzione, benché "pratica", non è tuttavia di regola ritenuta sufficiente come criterio di riparto.

Infine sussistono ipotesi di revoca legittima che non possono dirsi suscettibili di ingenerare una responsabilità precontrattuale, per assenza di colpa in capo all'amministrazione.

Si pensi alle revoche per *factum principis*, quando sopraggiungono norme di carattere finanziario che impongono all'amministrazione di abbandonare una gara; in tali ipotesi, pur potendo sussistere un affidamento del privato, di regola viene a mancare la colpa del soggetto pubblico tenuto ad applicare norme di cogente carattere finanziario; le ipotesi sono sempre più frequenti tant'è che, ad esempio, l'art. 1 co. 136 della l. n. 311/2004 aveva addirittura normato l'"annullamento" per conseguire risparmi di spesa o minori oneri (il legislatore utilizzava la categoria dell'annullamento per una fattispecie che, in assenza della disposizione, si sarebbe dovuta inquadrare alla categoria della revoca).[†]

In tali casi la giurisprudenza nega la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, evidenziando che non è ravvisabile una colpa della stessa.

Ci si potrebbe chiedere se, trattandosi di materia degli appalti, anche nella valutazione della responsabilità precontrattuale possa trovare spazio la già ricordata giurisprudenza comunitaria secondo cui si deve prescindere, in tema di risarcimento, dalla valutazione della colpa.

Si ritiene che il principio non sia traslabile alle ipotesi di atti comunque legittimi. Esso è stato affermato dal Corte di Giustizia per rafforzare la tutela contro le violazioni delle norme di evidenza pubblica (e conseguentemente l'effettività del diritto dell'Unione Europea), cioè per le ipotesi di responsabilità "da atto illegittimo", il quale diventa in sé sintomo e prova di una colpa; la problematica della responsabilità

[†] L'articolo citato è stato abrogato dall'art. 6 della l. n. 124/2015.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

precontrattuale ora in esame prescinde invece dalla violazione delle norme di evidenza pubblica (tant'è che quando ricorrono queste ultime trova spazio, come visto, la responsabilità da atto illegittimo) derivando da una valutazione dell'insieme del comportamento dell'amministrazione (dato dalla sequenza dei provvedimenti ma anche, ad esempio, dalle tempistiche e dall'insieme degli atti anche privi di valenza provvedimentale) in termini di rispetto o meno dell'affidamento della controparte.

Da questo punto di vista pare quindi che la peculiarissima disciplina dell'elemento soggettivo della responsabilità di derivazione comunitaria non trovi spazio.

Ne deriva che, in simili casi, la mancanza della colpa in capo all'amministrazione esclude la responsabilità precontrattuale, lasciando al massimo spazio alle previsioni indennitarie dell'art. 21 quinquies co. 1 bis della l. n. 241/90 per il caso di revoca legittima incidente su rapporti negoziali.

D'altro canto la stessa giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia 11.12.2014, in causa C 440-2013) ammette la possibilità di revocare un bando quando siano mutate le condizioni economiche o di fatto o le esigenze dell'amministrazione.

Infine, di fronte ad una azione di responsabilità precontrattuale avanzata nei suoi confronti, si ritiene che l'amministrazione possa spiegare una difesa più ampia di quello che è l'oggetto del provvedimento in discussione, senza essere vincolata dalla motivazione esternata negli atti contestati.

Si intende dire che la responsabilità precontrattuale fisiologicamente implica una valutazione "complessiva" della condotta dell'amministrazione, al fine di chiarire se essa sia stata idonea ad ingenerare affidamenti, inserendo il provvedimento nel contesto; né questa valutazione esula dalle prerogative del giudice amministrativo, essendo ormai ricorrente nei giudizi risarcitori.

Inoltre ciò è coerente con il fatto che, come ormai chiarito dal giudice delle leggi, affinché sussista la cognizione del GA l'esercizio di potere non si estrinseca solo in atti ma anche in comportamenti.

Pertanto, in questo contesto, da un lato, per vedersi riconosciuto un danno da responsabilità precontrattuale, la parte ha l'onere di provare oltre, come detto, il proprio legittimo affidamento anche la colpa dell'amministrazione. Quest'ultima, dall'altra, potrà eccepire che l'affidamento non sussiste per ragioni diverse da quelle esplicitate nel provvedimento che ha dato luogo al contenzioso.

Si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione non aggiudichi per mutamento delle condizioni di fatto o mancanza di fondi e si limiti ad esplicitare queste ragioni nel provvedimento; si immagini però che, al contempo, l'aspirante aggiudicatario, il quale invoca con il ricorso voci di danno, si trovi nella condizione di aver perso i requisiti di partecipazione alla gara e quindi, per pacifica giurisprudenza, di non poter più stipulare il contratto. Un concorrente che versi in tale condizione non potrà invocare nessun deluso affidamento, anche se il provvedimento negativo non ha stigmatizzato la carenza

di requisiti in capo al medesimo; in effetti il concorrente non può dire di aver perso nulla che gli spettasse.

Pertanto ci pare che il giudice amministrativo possa essere chiamato a fare una valutazione più ampia di quella esplicitata dell'amministrazione nel provvedimento e quest'ultima sia, a sua volta, abilitata ad individuare ragioni di incapacità di stipulare da parte del ricorrente anche diverse da quelle indicate negli atti; non si tratta infatti di integrare la motivazione dell'atto né di valutare solo quest'ultimo ma semplicemente di contestare la sussistenza di un affidamento tutelabile alla luce della complessiva situazione in fatto che lo caratterizza.

Una valutazione di questo tipo si rinviene ad esempio nella pronuncia Tar Piemonte sez. II n. 608/2015. La fattispecie è peculiare perché, nel caso di specie, il concorrente lamentava che, scorrettamente, a distanza di oltre sei anni dal primo affidamento la graduatoria non fosse stata fatta scorrere in suo favore; prescindendo dalla peculiarità della questione dello scorrimento, emergeva in atti che il concorrente che invocava la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aveva nel frattempo perso i requisiti per contrarre. Ai fini della responsabilità precontrattuale si è quindi ritenuto mancante in radice il presupposto del legittimo affidamento.

5. Ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo successive alla conclusione del contratto.

Come evidenziato dal giudice delle leggi nell'arresto citato al § 1 non mancano infine specifici casi in cui, anche nella fase propriamente contrattualistica e quindi paritetica naturalmente devoluta alla cognizione del GO, vengano in emersione momenti di esercizio del potere da parte del contraente pubblico, i quali giustificano residui casi di giurisdizione del giudice amministrativo.

In linea di principio è acquisito che resta esclusa la possibilità per l'amministrazione di revocare l'aggiudicazione una volta che il contratto sia stato stipulato.

Cons. St. ad. plen. n. 14/2014 ha infatti chiarito che, di norma, dopo la stipulazione del contratto, non troverà applicazione la disciplina della revoca, bensì quella del recesso. Perché la disciplina del recesso subentri a quella della revoca è comunque necessario che il contratto sia stato stipulato formalmente, non potendosi di certo far discendere analoghi effetti dalla consegna anticipata dei lavori o da comportamenti concludenti, considerata la necessaria forma pubblica amministrativa dei contratti pubblici.

Tuttavia non è raro che l'amministrazione, per tentare di svincolarsi da un contratto ormai stipulato e in corso di esecuzione ma ritenuto non più conveniente, invochi l'autotutela sulla determina a contrarre, tentando di farne poi discendere l'inefficacia del contratto; trattasi ovviamente di un improprio uso del concetto di autotutela, che nulla ha a che vedere con le fattispecie prima analizzate.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

Per una ipotesi di questo tipo si possono leggere le sentenze Tar Piemonte sez. I n. 1389 e 1390 del 2012, che sono state confermate da Cons. St. ad. plen. n. 13/2014.

La successiva pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 14/2014 ha poi chiarito in quali limitati casi sono invece configurabili fattispecie di recesso "pubblicistico", caratterizzate da un previsto esercizio di potere, anche in corso di esecuzione del contratto.

Si tratta in particolare della risoluzione di cui all'art. 92 del d.lgs. n.159/2011, codice antimafia, pacificamente devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, per il caso in cui in imprenditore risulti attinto da sospetti di infiltrazione da parte della criminalità organizzata.

Una fattispecie peculiare analizzata dal Tar Piemonte riguarda la sentenza sez. I n. 383/2012, con la quale è stata annullata una risoluzione pronunciata dall'ANAS per asserite ragioni di infiltrazione criminale.

Poiché la stazione appaltante, dopo la definitività della decisione, non riammetteva l'impresa alla prosecuzione dei lavori, quest'ultima proponeva una domanda di ottemperanza chiedendo che, in esecuzione della statuizione precedentemente resa, il GA ordinasse la riammissione in cantiere dell'impresa e riconoscesse una serie di inadempimenti della parte pubblica. Il Tribunale, con la sentenza Tar Piemonte sez. I n. 1302/2013, dichiarava il ricorso inammissibile per essere le questioni contestate devolute alla cognizione del GO; in particolare si evidenziava come l'annullamento dell'atto di recesso rappresentasse una decisione di per sé autoesecutiva, perché idonea a ripristinare il rapporto contrattuale, mentre le contestazioni mosse dall'impresa attenessero a successivi presunti inadempimenti (vigente il ripristinato titolo contrattuale), soggetti all'ordinaria disciplina privatistica.

Quale ulteriore esempio di intervento del giudice amministrativo in vertenze instaurate dopo la stipulazione del contratto la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria richiama infine il caso delle sopravvenute ragioni finanziarie già disciplinato dalla l. n. 311/2004 con una previsione di "annullamento".

E' poi pacifico che sussista la giurisdizione del GA in materia di revisione prezzi in quanto espressamente prevista dall'art. 133 lett. e) del c.p.a.; sul punto si deve ricordare che, quanto ai termini per la proposizione del ricorso, la giurisprudenza distingue tra l'ipotesi in cui l'amministrazione neghi in radice la pretesa di revisione prezzi, che deve essere contestata nel termine decadenziale di sessanta giorni, e l'ipotesi in cui si controverta sul *quantum* della revisione, assoggettata a prescrizione.

Il Tar Piemonte risulta in materia allineato alla maggioritaria giurisprudenza (Tar Piemonte sez. I n. 882/2014).

E' invece pacificamente devoluta alla cognizione del GO la speciale facoltà di recesso prevista dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici.

Infine il già citato art. 73 della Direttiva 24/2014 configura nuove ipotesi di "risoluzione" dei contratti pubblici finalizzate a garantire il rispetto dell'evidenza

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

APPALTI PUBBLICI

pubblica; non si tratterebbe dunque di forme di recesso in corso di esecuzione ma di vere e proprie risoluzioni che inficiano il titolo contrattuale, in quanto esso viene a trovarsi in contrasto con le esigenze “del mercato” in senso comunitario; dell’ipotesi di cui alla lett. e) (gravi violazioni degli obblighi derivanti dai Trattati intervenute in sede di gara) già si è detto; le lettere a) e b) rispettivamente prevedono il caso in cui il contratto, in corso di esecuzione, abbia subito una modifica sostanziale tale da imporre un nuovo appello al mercato, e il caso in cui il concorrente si venga a trovare in una delle condizioni *ex lege* ostative alla stipulazione del contratto.

Il caso di mutamento dell’oggetto in corso di esecuzione del contratto ha un puntuale precedente giurisprudenziale nella causa C-496/99 (Commissione contro Succhi di frutta) decisa dalla Corte di Giustizia il 29.4.2004; il giudice dell’Unione, rilevato che in sede esecutiva l’oggetto del contratto era sostanzialmente mutato, ha sanzionato la Commissione perché avrebbe dovuto fare nuovo appello al mercato.

Fattispecie risolutorie di questa natura pare trovino il loro significato unicamente nei poteri autoritativi dell’amministrazione e nelle esigenze dell’evidenza pubblica intesa, come sopra ampiamente illustrato, quale “concorrenza per il mercato”, donde, in prospettiva, la coerente devoluzione alla cognizione del giudice amministrativo.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI GIULIA GRESIO)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

BANCA D'ITALIA

Antiriciclaggio – La Banca d'Italia ha diffuso il *Quaderno dell'antiriciclaggio* in cui sono raccolti i dati statistici sulle segnalazioni di operazioni sospette e sulle segnalazioni antiriciclaggio aggregate ricevute dall'Unità di informazione finanziaria nel primo semestre 2016, corredati da informazioni sui controlli effettuati e sugli scambi informativi intercorsi con le corrispondenti *Financial Intelligence Units* estere e con l'Autorità Giudiziaria nazionale, nonché dalla rassegna normativa in materia di antiriciclaggio. Il *Quaderno*, pubblicato il 3 ottobre 2016, è reperibile sul sito www.uif.bancaditalia.it.

CONSOB - BORSA ITALIANA

Aumenti di capitale iperdiluitivi – Facendo seguito a quanto reso noto nel mese di aprile 2016 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 9/2016 di questa *Rivista*), la Consob – con la comunicazione del 5 ottobre 2016, n. 0088305 – ha individuato la data di entrata in vigore del modello *rolling* per gli aumenti di capitale iperdiluitivi, fissata al 15 dicembre 2016.

Il documento, nel quale sono parimenti riepilogati “*gli elementi salienti del modello rolling*”, è disponibile sul sito www.consob.it.

Correlatamente, Borsa Italiana ha divulgato le modifiche apportate al Regolamento dei mercati e alle relative istruzioni, al fine di adattarli al modello *rolling* da applicare a tali aumenti di capitale.

L'avviso di Borsa Italiana del 10 ottobre 2016, n. 18869, è consultabile sul sito www.borsaitaliana.it.

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY

MiFID II – L'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) ha emanato le *Guidelines on transaction reporting, order record keeping and clock synchronisation under MiFID II*, utilizzabile a decorrere dal 3 gennaio 2018.

Le linee guida ESMA/2016/1451 del 10 ottobre 2016 sono reperibili sul sito www.esma.europa.eu.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI

Il controllo individuale dei soci nella s.r.l. – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha diffuso un documento che verte su “*Il controllo individuale dei soci sull’amministrazione della s.r.l.*”, nel quale sono esaminati “*i tratti essenziali dell’istituto [...] mettendone in evidenza il contenuto sostanziale, le modalità di attuazione e le discordanze interpretative in merito ai confini entro cui definire gli ampi spazi di autonomia concessi ai soci in conformità ai principi stabiliti dalla disciplina legale*”. In particolare, lo studio si sofferma sulla responsabilità in capo agli amministratori in “*ipotesi di illegittimo rifiuto alle richieste di informazioni e di consultazione*” e sui rimedi sanzionatori che possono essere attivati dai soci.

Il testo, datato 15 ottobre 2016, è consultabile sul sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

Antiriciclaggio – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha predisposto un’analisi avente ad oggetto “*I pesanti costi della depenalizzazione antiriciclaggio. Alcune riflessioni sul cumulo sanzionatorio dopo il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8*”, nel quale si focalizza l’attenzione sugli “*effetti controversi*” derivanti dalla depenalizzazione di “*alcune violazioni già punite con la sanzione penale ex art. 55 del D.Lgs. n. 231/2007 [...] che, a far data dal 6 febbraio 2016, risultano pertanto trasformate in illecito amministrativo*”.

L’approfondimento, recante data 15 ottobre 2016, è disponibile sul sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

GIURISPRUDENZA

Azione di rivendica – Il Tribunale di Milano, in una causa promossa dalla curatela di una s.r.l., ha statuito che, “*nella misura in cui risulta – dai documenti ed anche da quanto afferma parte attrice in citazione – che il bene*”, per il quale è stata intrapresa l’azione di rivendica, “*è stato (sia pure illegittimamente) trasferito a terzi dalla società poi fallita e non oggetto di indebita distrazione, il fallimento non può agire in «rivendica»*”. La curatela, per il Tribunale, “*avrebbe, semmai, potuto agire per ottenere una declaratoria di nullità, invalidità o inefficacia (anche in via di revocatoria fallimentare) di detto trasferimento*”.

La sentenza del Tribunale di Milano del 19 luglio 2016, n. 9077, è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Scissione non proporzionale e prescrizione del diritto al conguaglio – Dal momento che, per “*orientamento consolidato*”, “*la prescrizione breve ex art. 2949 c.c. si applica alle relazioni che si istituiscono fra i soggetti dell’organizzazione sociale in dipendenza diretta del contratto di società, o da situazioni determinate da relazioni sociali*”, per il Tribunale di Milano il diritto di credito dedotto dalla parte convenuta ed avente ad oggetto il conguaglio scaturente da un’operazione di scissione non proporzionale “*è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale*”.

Per il Tribunale, trattasi di “*un rapporto di debito-credito tra due soggetti distinti tra loro, nient’affatto legati da un rapporto sociale, a nulla rilevando, ormai a scissione avvenuta, che i soci dell’una e dell’altra società fossero un tempo componenti della medesima compagine sociale*”.

La pronuncia del Tribunale di Milano del 21 luglio 2016, n. 9184, è consultabile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Imprenditore agricolo e dichiarazione di fallimento – La Corte di Appello di Brescia ha revocato la dichiarazione di fallimento di una s.a.s. e dei suoi soci accomandatari in ragione del fatto che “*la società debitrice ha come oggetto sociale «l’esercizio esclusivo delle attività agricole previste dall’art 2135 c.c.»*” e che la verifica dello svolgimento, in concreto, di un’attività commerciale “*deve essere effettuata con riferimento alla situazione in essere all’epoca della presentazione della domanda di fallimento, senza che possa invece farsi riferimento ai criteri temporali posti dall’art 1, 2° co., L.F., che opera invece una distinzione all’interno della categoria degli imprenditori commerciali*”. Nel caso di specie, “*le risultanze peritali hanno permesso di accertare che l’attività commerciale è cessata nel luglio 2013*” ed a nulla rileva, per la Corte, che “*la società debitrice abbia concesso in affitto il ramo di azienda avente ad oggetto l’attività commerciale, non essendo tale situazione equiparabile all’esercizio dell’attività stessa*”.

La decisione della Corte di Appello di Brescia del 12 agosto 2016 è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

Sovraindebitamento e socio accomandatario – Per il Tribunale di Milano, “*considerato che, ai sensi dell’art. 147 L.F., i soci illimitatamente responsabili falliscono in estensione al fallimento della società, deve ritenersi che questi siano, in quanto tali, assoggettabili alle procedure concorsuali*”, non essendo dirimente che “*il fallimento intervenga in estensione automatica di quello sociale, e non per la qualifica di imprenditore individuale in capo al socio, posto che esso è una conseguenza diretta del fallimento sociale*”. Sicché, deve essere dichiarata inammissibile la domanda presentata da un socio accomandatario per accedere alla procedura di sovraindebitamento, “*per carenza di presupposti ai sensi dell’art. 7 L. n. 3/2012*”, laddove essa è riservata a “*tutti i debito-*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

ri o consumatori in stato di sovraindebitamento che non risultino assoggettabili a procedure concorsuali diverse”.

Il provvedimento del Tribunale di Milano del 18 agosto 2016 è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Amministratore di fatto – Atteso che “*è amministratore di fatto non chi esercita tutti i poteri propri dell’organo di gestione, ma quantomeno un’apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale*”, con la conseguenza che “*la prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell’accertamento di elementi sintomatici dell’inserimento organico del soggetto con funzioni direttive nella società*”, la Cassazione – accogliendo il ricorso proposto avverso una sentenza della Corte di Appello di Lecce – ha precisato che non sono sufficienti, in tale prospettiva, comportamenti “*costituiti nel presentarsi quale rappresentante legale della fallita in occasione della verifica fiscale subita dalla medesima proponendosi come referente per i finanziari operanti nel corso del suo svolgimento e, sempre nella stessa veste, nell’accendere un conto corrente intestato alla società, operando sullo stesso*”.

Ciò in quanto, per il Supremo Collegio, la Corte territoriale non ha preso in considerazione il “*ristretto arco di tempo in cui sono stati tenuti i comportamenti sopra descritti e il carattere abusivo del secondo di quelli menzionati, posto in essere [...] al solo fine di agevolare i piani [dell’altro amministratore di fatto, n.d.r.] e su disposizione di quest’ultimo*”, senza illustrare le ragioni che hanno indotto ad “*escludere che l’imputato si sia limitato a prestare un contributo – certamente rilevante – alla consumazione delle condotte attribuibili innanzi tutto al citato [altro amministratore di fatto, n.d.r.], agendo come suo prestanome ed abbia invece assunto (ed inteso assumere) l’effettiva gestione della società in maniera effettivamente continuativa*”.

Corte di Cassazione penale, 23 settembre 2016, n. 39681.

Presupposto soggettivo di fallibilità e bancarotta – La Corte di Cassazione ha ribadito il principio in forza del quale “*il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex art. 216 e seguenti L.F. non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza dell’impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell’imprenditore*”, da cui consegue che “*le modifiche apportate all’art. 1 L.F. dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, non esercitano influenza ai sensi dell’art. 2 c.p. sui procedimenti penali in corso*” (in tal senso vds. Cass. pen., SS.UU., n. 19601/2008).

Di talché, per la Suprema Corte, sono “*prive di fondamento le deduzioni difensive inerenti alla mancata verifica da parte del giudice di merito, dell’esistenza dei presupposti di legge per ritenere ascrivibile all’imputato la qualifica di «piccolo imprenditore»*”,

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 19/2016

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

qualora questi sia stato dichiarato fallito anteriormente all'entrata in vigore della novella formulazione dell'art. 1 L.F.

Corte di Cassazione penale, 10 ottobre 2016, n. 42753.

Manipolazione del mercato e principio del *ne bis in idem* – Constatando “*la sussistenza del sistema del cd. doppio binario tra il reato di manipolazione del mercato (art. 185 T.U.F.) e l'analoga fattispecie amministrativa (art. 187 ter T.U.F.) essendo prevista, nei rispettivi giudizi, una duplice sanzione penale ed amministrativa, in antitesi col principio espresso dalla sentenza CEDU «Grande Stevens» del 4 marzo 2014, che ha, invece, affermato l'opposto ed antitetico principio del ne bis in idem*”, la Corte di Cassazione ha disposto il rinvio degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, formulando una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione.

Segnatamente, alla CGUE sono stati formulati i seguenti quesiti:

“*a) se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile;*

b) se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del ne bis in idem, in base all'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale”.

Corte di Cassazione, ord., 13 ottobre 2016, n. 20675.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI LEONARDO NESA)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Il modello Ipea diventa telematico

Con provvedimento 12 ottobre 2016 dell’Agenzia, è stato approvato il modello Ipea, l’istanza per il computo in diminuzione delle perdite in accertamento o in adesione, da presentare mediante trasmissione telematica.

Il nuovo modello sostituisce quello approvato con provvedimento 8 aprile 2016 che non potrà più essere utilizzato dopo il sessantesimo giorno dalla data di pubblicazione del provvedimento odierno (periodo transitorio previsto dall’articolo 3, comma 2, dello Statuto dei diritti del contribuente). Trascorso tale periodo il modello Ipea potrà essere presentato esclusivamente in via telematica, direttamente dai contribuenti abilitati a Entratel o Fisconline ovvero tramite i soggetti incaricati, utilizzando il prodotto informatico “Ipea”.

L’Ipea: la possibilità di computare in diminuzione dai maggiori imponibili le perdite di periodo e pregresse è disciplinata dall’articolo 42, quarto comma, del Dpr 600/1973 e, nell’ambito dei procedimenti di adesione, dall’articolo 7, comma 1-ter, del Dlgs 218/1997. Mentre le perdite di periodo - quelle relative al periodo d’imposta oggetto di rettifica - sono computate in diminuzione dal maggior imponibile accertato automaticamente e in via prioritaria dall’ufficio accertatore, le perdite pregresse possono essere scomutate solo su richiesta del contribuente, mediante la presentazione del modello Ipea. Le perdite pregresse che possono essere chieste con l’Ipea sono quelle maturate anteriormente al periodo di imposta oggetto di rettifica e ancora utilizzabili alla data di chiusura dello stesso ai sensi degli articoli 8 e 84 del Tuir.

Il modello Ipea va presentato entro il termine per la proposizione del ricorso, nell’ipotesi di notifica al contribuente dell’avviso di accertamento, anche qualora sia presentata istanza di adesione nel corso del contraddittorio instaurato con l’ufficio, nell’ipotesi di accertamento con adesione.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 12 ottobre 2016)

Quotazione delle valute estere per il mese di settembre 2016

L’Agenzia delle entrate ha emanato il Provvedimento, con relative tabelle allegate, recante - ai sensi dell’art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di settembre 2016.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 13 ottobre 2016)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Riammissione alla rateazione per i soggetti decaduti, ecco i chiarimenti dell'Agenzia

L'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 41/E affronta le novità introdotte dal decreto legge 113 del 2016 (articolo 13-bis) – che ha concesso a taluni debitori decaduti dal beneficio della rateazione delle somme dovute in base agli istituti deflattivi del contenzioso tributario – e ne precisa i termini e le modalità degli adempimenti necessari.

I contribuenti interessati al beneficio della riammissione sono coloro che, a seguito di un controllo, hanno scelto di avvalersi di uno degli istituti di definizione previsti dal Dlgs n. 218/1997 (acquiescenza, adesione all'avviso di accertamento, al processo verbale di constatazione, all'invito a comparire) e hanno optato per il pagamento in forma rateale, dal quale, tuttavia, sono decaduti, in quanto, dopo aver effettuato il pagamento della prima rata, non hanno rispettato le scadenze successive. Per usufruire del beneficio è necessario che la decadenza dalla precedente rateazione si sia verificata nell'arco temporale compreso tra il 16 ottobre 2015 e il 1 luglio 2016.

Non possono, invece, sfruttare questa possibilità i contribuenti decaduti da una rateazione generata da altri istituti deflattivi del contenzioso disciplinati dal D. lgs n. 546/1992 (conciliazione e accordi di mediazione).

Per ottenere nuovamente il beneficio del pagamento rateale l'istanza deve essere presentata dal contribuente entro il 20 ottobre 2016, vale a dire entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del Dl n. 113/2016.

Una volta verificato il possesso dei requisiti, l'Agenzia delle Entrate informa il contribuente sull'accoglimento dell'istanza con una comunicazione nella quale viene indicato l'importo della rata iniziale del nuovo piano rateale. Il pagamento deve avvenire nei 60 giorni successivi alla ricezione della comunicazione, utilizzando il modello F24 con gli stessi codici tributo impiegati per i versamenti delle rate del precedente piano di rateazione. Nei dieci giorni successivi al versamento, il contribuente deve trasmettere all'Ufficio competente una copia della relativa quietanza di pagamento a seguito della quale l'Ufficio predispone il piano di rateazione definitivo con la corretta indicazione delle scadenze trimestrali delle rate successive determinate sulla base della data di versamento della rata iniziale.

Il mancato pagamento di una rata successiva comporta la decadenza dal nuovo piano di ammortamento del debito.

(Agenzia delle entrate, Circolare 41/E del 3 ottobre 2016)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Nuovo ravvedimento operoso, ulteriori chiarimenti dalle Entrate

L'Agenzia delle Entrate con la Circolare. 42/E fornisce chiarimenti applicativi sul nuovo ravvedimento operoso offrendo anche una panoramica sui vantaggi previsti in termini di riduzione delle sanzioni, alla luce delle modifiche introdotte dalla Legge di Stabilità per il 2015 (Legge n. 190/2014) e dal D. lgs n. 158/2015 di riforma del sistema sanzionatorio. Il documento di prassi affronta inoltre i principali casi di violazione sanabile con il ravvedimento, dalle dichiarazioni contenenti errori o omissioni a quelle presentate in ritardo. La circolare - che contiene anche due utili tabelle di sintesi sulla correzione entro e post 90 giorni dal termine di presentazione della dichiarazione annuale - fornisce infine risposta ad alcuni quesiti specifici: dai termini entro cui è possibile ravvedere il 730, in caso di infedeltà; al calcolo della sanzione ridotta quando il ricorso al ravvedimento avviene successivamente al versamento tardivo del tributo; al ravvedimento di un omesso versamento di un debito Iva periodico tramite compensazione con un credito Iva emergente dalle liquidazioni periodiche successive.

Si forniscono i principali chiarimenti contenuti nella Circolare.

In caso di dichiarazione integrativa o sostitutiva presentata entro 90 giorni, l'agevolazione cambia a seconda del tipo di errore:

- per gli errori che possono essere rilevati durante il controllo automatizzato o formale, la sanzione applicabile è solo quella per omesso versamento, pari al 30% di ogni importo non versato, con una riduzione, in caso di ravvedimento, che varia a seconda del momento in cui avviene il ravvedimento, non trovando più applicazione la sanzione fissa di 250 euro;

- per correggere errori non rilevabili in sede di controllo automatizzato o formale, invece, la sanzione è quella prevista per le "violazioni relative al contenuto e alla documentazione delle dichiarazioni" di cui all'articolo 8 del Dlgs n. 471 del 1997. Per le violazioni di cui al comma 1, il contribuente dovrà pagare, ad esempio, la sanzione di 250 euro, che in caso di ravvedimento viene ridotta a 1/9 (quindi a 27,78 euro) e quella per omesso versamento, se dovuto, in misura ridotta a seconda del momento in cui avviene la regolarizzazione della sanzione. In passato a questo tipo di violazioni si applicava la sanzione prevista per la presentazione di dichiarazione tardiva.

In caso di dichiarazione tardiva - presentata entro i 90 giorni dalla scadenza - si applica la sanzione in misura fissa pari a 250 euro prevista per l'omissione della dichiarazione in assenza di debito d'imposta, che in caso di ravvedimento viene ridotta a 25 euro (1/10). Se alla tardività della dichiarazione si accompagna un carente o tardivo versamento del tributo si applica, inoltre, la sanzione per omesso versamento, ridotta a seconda del momento in cui avviene la regolarizzazione della sanzione.

Dal 1° gennaio 2016, se il contribuente intende regolarizzare la propria posizione con il Fisco, ma sono già trascorsi 90 giorni dalla scadenza:

- per gli errori che possono essere rilevati durante il controllo automatizzato o formale, la sanzione configurabile resta solo quella per omesso versamento, pari al 30% di ogni

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

importo non versato; in caso di ravvedimento, si applica una riduzione che varia a seconda del momento in cui avviene la regolarizzazione della sanzione;

- per correggere errori non rilevabili in sede di controllo automatizzato o formale, invece, la sanzione da regolarizzare sarà pari al 90% della maggiore imposta dovuta o della differenza del credito utilizzato. Se invece si tratta di violazioni che integrano ipotesi di irregolarità senza imposta dovuta, e non di infedeltà dichiarativa, la sanzione resta quella prevista dall'articolo 8 citato anche dopo 90 giorni. In entrambi i casi, con il ravvedimento si applica una riduzione della sanzione che varia a seconda del momento in cui avviene la regolarizzazione della stessa.

Infine, l'Agenzia ribadisce che oltre i 90 giorni dalla scadenza non è possibile sanare con il ravvedimento il caso dell'omessa dichiarazione, anche quando la stessa è inviata entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo.

(Agenzia delle entrate, Circolare 42/E del 12 ottobre 2016)

GIURISPRUDENZA

I proventi da attività di meretricio sono da assoggettare a tassazione

La Corte di cassazione, con la sentenza 15596/2016, ribadendo quanto già sostenuto in precedenti pronunce, ha affermato che l'attività di meretricio, se svolta in forma abituale, è assimilabile al lavoro autonomo, mentre se viene svolta, sempre autonomamente, in forma occasionale, rientra nella categoria dei redditi diversi, con la conseguenza che, in entrambi i casi, l'attività liberamente esercitata dà luogo a redditi tassabili.

(Corte di cassazione, sentenza 15596 del 27 luglio 2016)

La "temporanea assenza" richiede una serie di attività da parte dell'agente notificatore

La Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 19832/2016 è tornata sul tema notifiche per ricordare, che a fronte della "temporanea assenza" (e non irreperibilità assoluta) del destinatario, l'agente notificatore può provvedere al deposito della cartella esattoriale presso il Comune nonché all'affissione dell'avviso di deposito nell'Albo del medesimo Comune, ma deve anche effettuare le ulteriori attività enunciate nell'art. 140 c.p.c., quali ad esempio: l'affissione alla porta dell'abitazione, ufficio o azienda del destinatario e la comunicazione, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, dell'avvenuto deposito dell'atto, fermo restando che, in base alla sentenza della Corte Costituzionale n. 3 del 2010 la notifica si perfeziona con il ricevimento della lettera raccomandata informativa.

(Corte di cassazione, ordinanza 19832 del 4 ottobre 2016)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

VARIE

Quotazioni immobiliari, online i dati relativi al primo semestre 2016

Sono consultabili sul sito dell'Agenzia delle Entrate e tramite l'applicazione per smartphone Omi Mobile i dati relativi alle quotazioni immobiliari del primo semestre 2016, che forniscono un'indicazione dei prezzi al metro quadro per diverse tipologie di immobili.

GEOPOI®, quotazioni immobiliari a portata di zoom - Le quotazioni immobiliari dell'Osservatorio consentono di avere un'indicazione di massima del valore di mercato degli immobili nel settore residenziale, commerciale, terziario e produttivo. Cittadini, istituzioni e operatori del settore possono consultare i valori tramite ricerca testuale oppure tramite il servizio di navigazione territoriale GEOPOI®, il framework cartografico realizzato da Sogei, che permette una navigazione interattiva su mappa.

Da oggi è attivo, inoltre, il servizio di download gratuito delle quotazioni immobiliari per gli utenti registrati a Fisconline e ad Entratel, che potranno scaricare i dati a partire dal primo semestre di quest'anno. Per avviare il download è richiesta, quindi, la registrazione ai servizi online dell'Agenzia, necessaria per garantire una maggiore sicurezza degli accessi.

(Agenzia delle Entrate, comunicato stampa del 14 ottobre 2016)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alla banca dati Documenti NDS, presenti sul sito di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la 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.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

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

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl -
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano -
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità S.p.A, via
Marco Burigozzo 8 - 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 - Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajevo

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.