

Anno 10 – Numero 1

11 gennaio 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

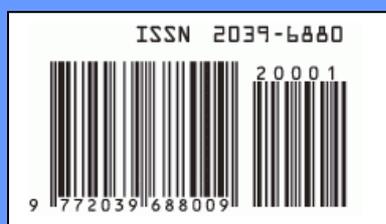
DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- **CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO**
- **IMPRESE IN RETE**
- **SOCIETÀ *IN HOUSE***

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

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

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



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paolo Efsio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmandò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

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

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Luciano Panzani, Mariateresa Quaranta, Valerio Sangiovanni, Giuseppe A. M. Trimarchi

Indice annuale delle pubblicazioni 2011 - Errata Corrige:

STUDI E OPINIONI

A. BOVIO, *Ordine pubblico e arbitrato internazionale: il ruolo del giudice nazionale*, 8, 29

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE

A. BOVIO, *La legge dei contratti della Repubblica Popolare Cinese: un panorama introduttivo*, 12, 23

F. BOVIO, *La Cina: un panorama introduttivo su di una economia in espansione*, 12, 7

INDICE

	<i>Page</i>
DIRITTO FALLIMENTARE	
<i>Composizione delle crisi da sovraindebitamento</i> di Luciano Panzani	9
STUDI E OPINIONI	
<i>Gli strumenti agevolativi per le imprese in rete</i> di Giuseppe A. M. Trimarchi	32
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>Il contratto di intermediazione finanziaria</i> di Valerio Sangiovanni	44
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Abuso del diritto, società in house e qualificazione della società in mano pubblica in una interessante pronuncia del tribunale di Roma</i> di Oreste Cagnasso e Mariateresa Quaranta	64
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	75
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	78
INFORMAZIONE CONVEGNI	82

SOMMARIO

DIRITTO FALLIMENTARE

Composizione delle crisi da sovraindebitamento

L'Autore prende in esame la disciplina contenuta nel decreto legge 22 dicembre 2011 n. 212 che ha introdotto nel nostro ordinamento una procedura rivolta al debitore insolvente non assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali.

di **Luciano Panzani**

STUDI E OPINIONI

Gli strumenti agevolativi per le imprese in rete

L'Autore prende in esame la nozione di rete d'impresa, esaminando i presupposti soggettivi e oggettivi per l'agevolazione da "rete d'impresa", e in particolare soffermandosi sulla riserva da accantonamento di utili destinati al programma.

di **Giuseppe A. M. Trimarchi**

RELAZIONI A CONVEGNI

Il contratto di intermediazione finanziaria

L'attenzione della giurisprudenza e anche della dottrina negli ultimi anni è stata soprattutto per gli effetti della violazione delle norme di comportamento cui sono tenuti gli intermediari finanziari. Vi è stata invece poca attenzione sulle caratteristiche del contratto d'intermediazione finanziaria, in connessione al quale sorgono poi le controversie. In questo lavoro si esaminano le caratteristiche essenziali di tale contratto quali risultati da legge e regolamento. Particolare attenzione deve essere data al requisito di forma scritta, che risulta prescritto sia dalla legge sia dal regolamento. Frequentemente è proprio la violazione di tale prescrizione a rilevare nelle azioni in giudizio intentate dagli investitori. Per gli ordini attuativi del contratto d'intermediazione finanziaria il contratto può invece prevedere forme meno stringenti. La disciplina legislativa e regolamentare in materia di contratto d'intermediazione finanziaria è corredata da una serie di ulteriori disposizioni che toccano aspetti diversi: viene statuita la nullità della pattuizione che rinvia agli usi per la determinazione del corrispettivo e si chiarisce che la nullità per difetto di forma e per rinvio agli usi è relativa. Completano la normativa disposizioni sui contratti derivati e sull'onere della prova, senza dimenticare la questione del contenuto minimo dei contratti.

di **Valerio Sangiovanni**

SOMMARIO

COMMENTI A SENTENZE

Abuso del diritto, società *in house* e qualificazione della società in mano pubblica in una interessante pronuncia del tribunale di Roma

Il Tribunale di Roma affronta i temi dell'abuso di diritto della società in house e della natura della società in mano pubblica con riferimento ad una deliberazione di scioglimento di s.p.a.

di **Oreste Cagnasso e Mariateresa Quaranta**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
BANKRUPTCY LAW	
Arrangement of slumps caused by a surplus of debts	9
<i>The Author analyzes a new proceeding ruled by Decree Law n. 212 – issued on the 22th of December – and aimed to insolvent debtors who can't go bankrupt or be subject to other similar proceedings.</i>	
by Luciano Panzani	
STUDIES AND OPINIONS	
Tools in favour of network enterprises	32
<i>The Author analyzes the notion of “network enterprise”, considering subjective and objective conditions which can facilitate the activity of a network enterprise and especially funds of incomes reserved for enterprise plans.</i>	
by Giuseppe A. M. Trimarchi	
REPORTS ON CONFERENCES	
Financial intermediation agreements	44
<i>In recent years, Courts and scholars have focused their attention to the effects of the breaches of conduct rules for the brokers. They paid, indeed, less attention to the study of the characteristics of financial intermediation agreements.</i>	
<i>In this paper, the Author analyzes the main characteristics of this contract provided by law and regulations. Particular attention should be given to the requirement of the written form, expressly provided both by law and regulations; frequently the breach of this prevision has a central role in the lawsuits filed by investors. For implemental orders of the financial intermediation agreement, indeed, the contract can provide less stringent forms.</i>	
<i>Furthermore, regulations provide the relative nullity of clauses referring to general usages for determination of compensations.</i>	
<i>Finally, law includes some rules on the burden of proof and minimum standards of the agreements.</i>	
by Valerio Sangiovanni	

INDEX-ABSTRACT

COMMENTS ON JUDGMENTS

Law abuse, “in house companies” and qualification of State controlled companies in a recent decision of the Rome Court 64

This essay deals with the problems related to law abuse, in house companies and nature of State controlled companies, with special regard to deliberations which lead to the winding-up of a corporation.

by **Oreste Cagnasso** and **Mariateresa Quaranta**

DIRITTO FALLIMENTARE

(a cura di Luciano Panzani)

COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

L'Autore prende in esame la disciplina contenuta nel decreto legge 22 dicembre 2011 n. 212 che ha introdotto nel nostro ordinamento una procedura rivolta al debitore insolvente non assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali.

di LUCIANO PANZANI

1. Generalità e requisiti soggettivi e di ammissibilità

La nuova disciplina contenuta nel D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, prevede per la prima volta una procedura dedicata all'insolvente civile. L'art. 2, comma 2, lett. a) precisa infatti che la proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti che il debitore può presentare ai creditori presuppone, a pena d'inammissibilità, che il debitore non sia assoggettabile alle *vigenti procedure concorsuali*.

Ne deriva che deve trattarsi o di un imprenditore commerciale sotto-soglia, che non raggiunga i requisiti quantitativi previsti dall'art. 1 l.fall. ovvero di un imprenditore non commerciale o di un soggetto che non sia imprenditore. A questo proposito va ricordato che ai sensi dell'art. 7, comma 5, del D.L. la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo. Va poi tenuto presente che l'art. 23, comma 43, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111, ha esteso gli accordi di ristrutturazione e la transazione fiscale agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza. Tale estensione, a mio avviso, non comporta che tali soggetti non possano avvalersi della nuova procedura posto che la dottrina pressoché unanime ritiene che gli accordi di ristrutturazione non siano una procedura concorsuale, mentre certamente la transazione fiscale non è una procedura concorsuale di per se stessa.

Ancora va rilevato che la qualità di consumatore non è un requisito soggettivo per l'ammissione alla procedura. E' vero infatti che l'art. 1, comma 2, lett. b) del D.L. offre una definizione di *sovraindebitamento del consumatore*, ma tale definizione rileva soltanto per abbassare la percentuale di creditori necessaria per l'omologazione dell'accordo dal 70% dei crediti al 50% (art. 6), per la riduzione alla metà dell'indennità che deve essere stabilita con decreto del Ministro della Giustizia a favore degli organismi di composizione della crisi ed a carico di coloro che ricorrono alla procedura (art.10), per la riduzione sempre alla metà delle indennità da stabilirsi a favore dei professionisti che svolgono in via transitoria le funzioni degli organismi di composizione della crisi, da stabilirsi anch'esse con decreto ministeriale. Ne deriva che la nuova procedura non è riservata alle persone fisiche, non essendovi nella disciplina di

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

legge, al di là del riferimento alla figura del consumatore di cui si è già chiarita la portata, alcun vincolo in tal senso.

Il debitore deve trovarsi in stato di sovraindebitamento, come chiarisce l'incipit dell'art. 2. La nozione è offerta dall'art. 1 del D.L. che stabilisce che il sovraindebitamento sussiste quando vi sia: a) la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni; b) una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio liquidabile per farvi fronte.

Va sottolineato che la prima nozione corrisponde alla definizione canonica dello stato d'insolvenza secondo l'art. 5 l.fall. La seconda invece è nuova, ma non troppo, perché la giurisprudenza ha ritenuto che nel caso di società inattiva, in liquidazione, in tanto si abbia insolvenza in quanto l'attivo liquidabile non sia sufficiente a far fronte alle obbligazioni assunte¹. Nel valutare lo squilibrio non deve farsi riferimento ai redditi futuri perché il comma 2 dell'art. 3 del D.L. precisa che, quando i redditi futuri (oltre che i beni) del debitore non sono sufficienti ad assicurare la fattibilità del piano, occorre che lo stesso sia assistito da garanzie. Ne deriva che il reddito futuro è strumento di adempimento del piano, ma non incide sull'esistenza della situazione di sovraindebitamento.

Ulteriore requisito di ammissibilità alla procedura è che il debitore non vi abbia fatto ricorso nei tre anni precedenti.

2. L'accordo ed il piano

Il legislatore nell'art. 2 del D.L. si limita a stabilire che il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano. Il primo comma dell'art. 3 precisa peraltro, copiando la disciplina dettata in tema di concordato preventivo dall'art. 160, comma 1, lett. a) che la proposta di accordo prevede *la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri*. Ne deriva che la proposta di accordo può avere qualunque contenuto e carattere dilatorio o esdebitatorio o può cumulare entrambe queste soluzioni. Non rientra a stretto rigore nell'efficacia

¹ Cfr. da ultimo Cass. 14 ottobre 2009, n. 21834: Quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 della legge fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto - non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci - non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

dilatoria la previsione, ai sensi dell'art. 5, comma 3 del D.L., che la proposta di accordo determini l'obbligo del giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, di disporre la sospensione delle azioni esecutive, cautelari (limitatamente ai sequestri conservativi) ed il divieto di acquisto di diritti di prelazione per 120 giorni. Altrettanto può dirsi della sospensione ex lege delle azioni esecutive che segue all'omologazione (art. 7, comma 3). Rientra invece nell'ambito del contenuto dilatorio della proposta la possibilità, ai sensi dell'art. 3, comma 3, che il piano possa prevedere una moratoria sino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei a condizione che il piano risulti idoneo ad assicurare il pagamento alla scadenza del nuovo termine e che la moratoria non riguardi i titolari di crediti impignorabili. Tra i crediti il cui pagamento può essere dilazionato rientrano anche i crediti privilegiati che l'art. 2, comma 1, stabilisce che debbano essere pagati integralmente. Per tali crediti pertanto la proposta può avere soltanto carattere dilatorio.

Vi è dunque una profonda differenza tra la disciplina dell'accordo di ristrutturazione regolato dall'art. 182 bis l.fall. e la nuova procedura. Nella prima i creditori estranei debbono essere regolarmente pagati alla scadenza, salvo l'effetto della sospensione delle azioni esecutive che può essere accordata dal Tribunale prima dell'omologazione e che segue di diritto all'omologazione stessa; nella seconda la proposta di accordo può prevedere la dilazione del pagamento di tali crediti sino ad un anno, ancorchè i titolari di tali crediti rimangano, anche per sola scelta del debitore, estranei all'accordo. Si tratta dunque di creditori che subiscono un sacrificio senza alcun corrispettivo e senza avervi prestato consenso. Può sollevarsi qualche dubbio sulla costituzionalità di tale previsione per violazione del principio di parità di trattamento tra creditori a seconda che sia aperta o meno la procedura di ristrutturazione, tenuto conto che si tratta di creditori estranei all'accordo che non ne ricavano alcun beneficio. Rimane poi dubbio se l'art. 42 Cost., che vieta l'esproprio senza indennizzo possa trovare applicazione ai rapporti tra privati. Forse in materia potrebbe essere invocato l'art. 2 Cost. per quanto concerne i doveri di solidarietà, dove il sacrificio, relativamente modesto, del debitore estraneo consente il soddisfacimento, sia pure parziale, degli altri creditori e la soluzione della crisi da sovraindebitamento.

Ancora va rilevata un'ulteriore differenza tra la disciplina degli accordi di ristrutturazione secondo gli artt. 182 *bis* e ss. l.fall. e la nuova procedura. Nel primo caso l'accordo di ristrutturazione è un contratto di diritto privato (o un fascio di contratti collegati) che può essere concluso tra il debitore e uno o più dei suoi creditori, senza alcun bisogno di informare o consultare gli altri creditori. L'accordo di ristrutturazione diviene efficace con la pubblicazione nel registro delle imprese, indipendentemente dall'omologazione che costituisce requisito per l'esenzione da revocatoria, il riconoscimento della prededuzione nei casi previsti dalla legge e

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

l'esenzione da responsabilità penale ai sensi dell'art. 217 *bis* l.fall. A dire il vero in dottrina è oggi prevalente l'opinione che costruisce gli accordi non come fascio di accordi bilaterali tra il debitore e ciascun creditore, ma sul presupposto dell'unità negoziale. A tal proposito si è parlato sia di contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria sia di contratto consensuale plurilaterale fondato sulla comunione di scopo tra le parti. Quest'ultima costruzione comporta la caducazione dell'accordo nella sua totalità nel caso d'invalidità (artt. 1420 e 1446 c.c.) o di risoluzione (artt. 1459 e 1466 c.c.).

Per quanto concerne gli accordi da sovraindebitamento, la proposta del debitore per espressa disposizione del legislatore riguarda tutti i crediti oggetto della proposta stessa e produce effetti soltanto con l'omologazione e con la pubblicazione nelle forme previste dal giudice (art. 7, comma 2) oltre, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, che in apposita sezione del registro delle imprese. E' dunque evidente che l'accordo ha carattere di negozio plurilaterale, dove non è sufficiente il consenso espresso dalla maggioranza qualificata dei creditori (70% salvo che si tratti di sovraindebitamento del consumatore ove basta il 50%), ma occorre anche l'omologazione da parte del Tribunale. Sotto questo profilo la disciplina della nuova procedura è assai più simile a quella del concordato che a quella dell'accordo di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* e ss l.fall. Ne deriva conseguentemente che l'eventuale risoluzione che ciascun creditore può chiedere in caso d'inadempimento, come pure l'annullamento, riguarderanno l'accordo nella sua globalità e non il singolo rapporto tra il debitore ed un singolo creditore.

Mentre in generale il legislatore disciplinando il concordato preventivo, fallimentare e gli accordi di ristrutturazione non ha speso molte parole sul contenuto del piano, in questo caso ha fornito maggiori indicazioni. Il piano deve anzitutto assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e l'integrale pagamento dei creditori privilegiati, salvo il caso che essi vi abbiano rinunciato. Il legislatore precisa che la rinuncia può essere parziale. Non dice quale sia il regime giuridico in caso di rinuncia, ma è da ritenere che il credito debba essere considerato chirografario. Più delicata è la questione del regime del credito privilegiato nel caso in cui esso non sia capiente. Il legislatore non ha infatti riprodotto il disposto dell'art. 160, comma 2, sulla possibilità di trattare come chirografari i creditori privilegiati in caso d'incapienza del bene oggetto del privilegio o della garanzia.

Il piano deve prevedere i termini e le modalità di pagamento dei creditori, che possono essere suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni (art. 2, comma 1). Per quanto concerne termini e modalità di pagamento dei creditori non è previsto, come del resto nell'accordo di ristrutturazione disciplinato dall'art. 182 *bis*, che i creditori debbano essere soddisfatti secondo la regola del concorso. Il piano può dunque prevedere

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

condizioni differenziate per ciascun creditore, salva la regola che i creditori privilegiati debbono essere soddisfatti integralmente. Come si è già accennato, il legislatore ha previsto la possibilità che i creditori siano suddivisi in classi. La disciplina dettata dagli artt. 182 *bis* e ss. non fa alcun riferimento alle classi, proprio in ragione del fatto che i creditori possono ricevere trattamenti differenziati. Anche in questo caso il legislatore sembra aver avuto come punto di riferimento più la disciplina del concordato preventivo e fallimentare che quella degli accordi di ristrutturazione propriamente detti. Manca però, diversamente da quanto stabilito dal legislatore per il concordato, l'indicazione di criteri per la formazione delle classi dei creditori. In particolare non è richiamata la regola per cui i crediti possono essere suddivisi in classi a seconda della natura giuridica e degli interessi economici omogenei. La suddivisione dei creditori in classi risponde all'esigenza di prevedere condizioni differenziate di trattamento dei crediti nell'ambito di una disciplina concorsuale fondata sulla regola della *par condicio*. Come si è detto, il legislatore per quanto concerne la nuova procedura non sembra aver fatto riferimento a questo fondamentale canone, sì che il richiamo alla disciplina delle classi appare, almeno ad una prima lettura, non chiaro. In sostanza la classe riunisce più creditori cui offrire il medesimo trattamento, senza che debbano essere rispettati criteri di omogeneità tra i crediti posto che, come si è detto, non si applica la regola della *par condicio*. Com'è stato giustamente osservato², se il creditore non aderisce, l'effetto è solo quello che gli spetta il pagamento integrale.

Per quanto concerne le modalità di liquidazione dei beni, che pure debbono essere indicate nel piano, giova anzitutto ricordare che ai sensi dell'art. 8, comma 1, l.fall. in sede di omologazione il Tribunale, se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se è previsto dall'accordo, nomina un liquidatore, che dispone in via esclusiva dei beni stessi o delle somme incassate. L'art. 2, comma 1, ultimo periodo, prevede ancora che il piano può prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

Va sottolineato che la nomina obbligatoria del liquidatore riguarda soltanto il caso in cui vi siano beni sottoposti a pignoramento. In tale ipotesi il liquidatore dispone in via esclusiva dei beni pignorati e delle somme incassate dalla loro alienazione. Non pare, almeno ad un'interpretazione letterale, che il liquidatore abbia ulteriori poteri. Egli quindi non potrà disporre dei beni che non siano oggetto di pignoramento o dei crediti non pignorati. Neppure sembra che il liquidatore abbia poteri ulteriori che riguardano la fase della distribuzione del ricavato ai creditori. Ovviamente la nomina del liquidatore

² M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), in www.ilcaso.it.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

nell'ipotesi che esso sia previsto nel piano potrà comportare l'attribuzione a quest'ultimo di maggiori poteri, in conformità al contenuto del piano. Non è chiara la differenza tra la figura del liquidatore e quella del fiduciario previsto dall'art. 2 (cfr però *infra*). Nella pratica probabilmente il liquidatore ed il fiduciario nominati nel piano tenderanno ad assumere un carattere unitario.

Va sottolineato che i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo e del piano sono nulli (art. 8, comma 4). Ne deriva che per effetto della presentazione della proposta o comunque a seguito dell'omologazione dell'accordo il debitore perde la disponibilità del proprio patrimonio, almeno della parte di esso considerata nel piano. A differenza che nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali la sanzione dell'atto di disposizione non è l'inefficacia, ma la nullità. E' probabile che questa diversa scelta sia dovuta all'inesperienza del legislatore in materia, che non ha compreso che non ogni atto di disposizione deve essere sanzionato, ma soltanto quello che lede gli interessi dei creditori e soltanto nella misura in cui costoro si dolgano dell'atto illegittimo posto in essere.

Va ancora osservato che spetta al giudice (art. 8, comma 3), sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano, anche con riferimento alla possibilità di pagamento dei creditori estranei, autorizzare lo svincolo delle somme e ordinare la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e di ogni altro vincolo. Stando alla lettera della legge non compete pertanto al giudice autorizzare il liquidatore a procedere agli atti di alienazione, ma soltanto a svincolare le somme ricavate dalla liquidazione nel momento in cui debbono essere effettuati i pagamenti ai creditori in attuazione del piano. E' forse possibile ritenere che i poteri autorizzativi spettino al giudice soltanto nei casi in cui vi è un liquidatore o per previsione obbligatoria di legge o perché indicato nella proposta. Ove invece si sia prevista la nomina del fiduciario, tali poteri non spetteranno al giudice, precisandosi all'art. 2 che al fiduciario compete anche la distribuzione del ricavato.

Il contenuto del piano deve anche prevedere, come già si è detto, la moratoria sino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei alle condizioni già viste (art. 3, comma 4).

La proposta deve contenere, oltre al piano, la sottoscrizione oltre che del debitore anche dei terzi che consentano il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per l'attuabilità dell'accordo, nei casi in cui i redditi del debitore non siano sufficienti a garantire la fattibilità del piano. Anche se il legislatore non lo dice, pare evidente che la cessione di beni di terzi o la concessione in garanzia degli stessi non sarà necessaria non soltanto quando il debitore abbia redditi sufficienti ad assicurare la fattibilità del piano, ma anche quando egli disponga di beni sufficienti a tal fine.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

La proposta deve anche indicare le eventuali limitazioni all'accesso al mercato del credito al consumo di cui soffre il debitore, ovvero all'utilizzo di strumenti di pagamento elettronico a credito ed alla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari.

Va ricordato che la proposta ed il piano sono redatti con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi con sede nel circondario del tribunale competente, vale a dire quello del luogo di residenza del debitore o in cui questi abbia la sede principale. Spetta a tali organismi, ai sensi dell'art. 10, comma 6, del D.L. assumere "ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo e all'esecuzione di esso". Spetta inoltre all'organismo di composizione della crisi verificare la "veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati" ed attestare la fattibilità del piano (art. 4, comma 2, e art. 10, comma 7). Anche l'attestazione definitiva sulla fattibilità all'esito dell'approvazione dell'accordo, decorso il termine di dieci giorni entro il quale i creditori possono sollevare contestazioni spetta all'organismo di composizione della crisi.

Il meccanismo di attestazione è dunque analogo a quello previsto per l'accordo di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* e ss. con la differenza che il ruolo dell'esperto è qui svolto dall'organismo di composizione della crisi, cui compete anche la redazione del piano d'intesa con il debitore, e l'esecuzione per quanto non di competenza del liquidatore o del fiduciario all'uopo nominato e dello stesso debitore. Spetta all'organismo di composizione della crisi anche l'attestazione in ordine alla veridicità dei dati sui quali il piano si fonda. L'organismo in parola non è dunque soggetto terzo ed indipendente perché partecipa alla redazione del piano e svolge un ruolo fortemente attivo quale coadiutore del debitore e facilitatore dell'accordo. Sul punto si ritornerà in prosieguo.

3. Il procedimento

Il procedimento nella sua prima fase, diretta ad instaurare il contraddittorio con i creditori, è regolato dall'art. 5 del D.L.

La proposta di accordo deve essere depositata presso il tribunale del luogo in cui si trova la residenza o la sede principale dell'impresa. Insieme alla proposta, oltre al piano, debbono essere depositati alcuni documenti:

- a) l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute;
- b) l'elenco dei beni e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni;
- c) l'attestazione sulla fattibilità del piano;
- d) l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata del certificato dello stato di famiglia.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

Nel caso in cui si tratti d'imprenditore che svolge attività d'impresa debbono essere depositate anche le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, che possono essere eventualmente sostituite, per lo stesso periodo, dagli estratti conto bancari tenuti ai sensi dell'art. 14, comma 10³, legge 183/2011 cui deve essere allegata una dichiarazione che ne attesti la conformità all'originale.

La presentazione della proposta determina l'apertura di un procedimento affidato al giudice monocratico, regolato dagli artt. 737 e ss. c.p.c. Contro i provvedimenti del giudice monocratico è ammesso reclamo, di competenza dello stesso tribunale in composizione collegiale, di cui non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Il giudice, se la proposta soddisfa i requisiti previsti dagli artt. 2 e 4 in ordine ai presupposti di ammissibilità ed ai presupposti soggettivi ed oggettivi, fissa con decreto udienza avanti a sé, disponendo la comunicazione ai creditori del decreto e della proposta. La comunicazione può essere effettuata presso la residenza o la sede legale dei creditori e può essere effettuata per telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, per telefax o per posta elettronica certificata. Il decreto deve contenere l'avvertimento dei provvedimenti che, ai sensi del comma 3 dell'art. 5 del D.L., possono essere assunti all'udienza, vale a dire della sospensione delle azioni esecutive e del divieto di procedere a sequestro conservativo oltre che di acquisto di diritti di prelazione sui beni del debitore per 120 giorni. Con il decreto inoltre il giudice dispone idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto. Nel caso in cui il proponente svolga attività d'impresa dovrà inoltre essere disposta la pubblicazione su apposita sezione del registro delle imprese.

Va osservato che il legislatore non stabilisce un termine minimo a comparire in favore dei creditori. Tale omissione può comportare, in difetto di interventi correttivi in sede di conversione del decreto legge, una censura d'illegittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa.

Il legislatore non dice se il giudice, in sede di valutazione della sussistenza dei requisiti previsti dagli artt. 2 e 4 del decreto, in ordine ai presupposti di ammissibilità della proposta ed alla sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi per l'ammissione alla procedura, possa sindacare nel merito la fattibilità del piano ed il contenuto dell'attestazione rilasciata dall'organismo di mediazione. E' noto il dibattito in tema di concordato preventivo in ordine alla sussistenza di un potere di sindacato nel merito della fattibilità del piano, che parte della giurisprudenza di merito ammette e la

³ La norma recita: "I soggetti in contabilità semplificata e i lavoratori autonomi che effettuano operazioni con incassi e pagamenti interamente tracciabili possono sostituire gli estratti conto bancari alla tenuta delle scritture contabili".

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

giurisprudenza di legittimità pare escludere. In questo caso sembra ragionevole ritenere che il giudice possa sindacare il contenuto della dichiarazione di fattibilità e di veridicità dei dati che l'organismo di composizione della crisi deve rilasciare ai sensi dell'art. 10, comma 7, D.L., mentre il testo di legge non pare prevedere un sindacato nel merito della fattibilità da parte del giudice.

All'udienza, in assenza di iniziative o di atti di frode ai creditori da parte del debitore (è evidente il richiamo alla fattispecie in tema di concordato preventivo regolata dall'art. 173 l.fall., ma va anche richiamata la disciplina dell'annullamento dell'accordo regolata dall'art. 9, comma 1, del D.L.) dispone la sospensione delle azioni esecutive per non oltre centoventi giorni. Il legislatore ha cura di precisare che il divieto di iniziare o proseguire tali azioni riguarda soltanto quelle individuali, con la conseguenza che è pur sempre possibile proporre istanza di fallimento⁴. Aggiunge che il divieto impedisce anche di richiedere sequestri conservativi (non vi è quindi una generale previsione della sospensione delle azioni cautelari come stabilito dall'art. 182 bis) e di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore. In questo caso il legislatore non ha fatto riferimento all'eccezione al divieto prevista in tema di accordi di ristrutturazione nel caso in cui il titolo di prelazione sia concordato. Va tuttavia ricordato che il divieto riguarda i crediti per titolo o causa anteriore, sì che sarà legittima la concessione di titoli di prelazione a fronte di nuovi finanziamenti destinati a fornire la provvista per l'esecuzione del piano.

Va poi aggiunto che il legislatore, diversamente da quanto previsto dall'art. 182 bis, ha anche opportunamente precisato che il divieto è sancito a pena di nullità. Ne deriva che anche nel caso in cui la proposta non vada a buon fine e non venga

⁴ In materia di accordi di ristrutturazione la giurisprudenza è pervenuta alla medesima conclusione: Trib. Milano 15 ottobre 2009, *cit.* in www.ilcaso.it, secondo il quale *Il procedimento di omologazione dell'accordo di ristrutturazione può essere riunito a quello per dichiarazione di fallimento in considerazione del rapporto di pregiudizialità che li lega, posto che l'attitudine dell'accordo al superamento dello stato di crisi potrebbe escludere il fallimento. Ed ancora: Il divieto di azioni cautelari od esecutive sul patrimonio del debitore di cui all'art. 182 bis, comma 3, legge fallimentare non riguarda la proposizione dell'istanza di fallimento. A tale conclusione è possibile pervenire sia in considerazione del fatto che la norma tende ad evitare vincoli sul patrimonio del debitore solo a vantaggio di alcuni creditori, sia perché l'esigenza pubblicistica di accertare l'eventuale stato di insolvenza ha carattere preliminare rispetto alla tutela dell'interesse particolare del debitore a non veder turbato il suo stato patrimoniale per i sessanta giorni previsti dalla norma in esame*

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

omologata, gli atti di esecuzione, i sequestri ed i titoli di prelazione acquisiti nonostante il divieto rimarranno improduttivi di effetti.

Va poi aggiunto che la sospensione delle azioni esecutive, ma è da ritenere che la norma si applichi anche alle azioni promosse in pendenza del divieto, non si applica nel caso di titolari di crediti impignorabili. Durante il periodo di centoventi giorni le prescrizioni rimangono sospese e le scadenze non si verificano. Le procedure esecutive individuali possono essere sospese per una volta sola anche nel caso di successive proposte di accordo.

Va ricordato che dall'omologazione seguono effetti sospensivi ed inibitori delle azioni esecutive, dei sequestri e dell'acquisizione di titoli di prelazione ben più durevoli, perché essi possono essere efficaci sino ad un anno dalla data di omologazione (art. 7, comma 3, D.L.). A questo proposito il legislatore non dice a quali criteri il giudice debba ispirarsi nel determinare il periodo, non superiore ad un anno, per il quale si producono gli effetti protettivi del patrimonio del debitore. E' da ritenere che si tratti di un potere discrezionale nel cui esercizio il giudice dovrà contemperare la possibilità concreta di esecuzione dell'accordo con l'esigenza di protezione dei creditori, prima di tutto dei creditori estranei.

4. L'accordo

La votazione dei creditori avviene al di fuori della sede giudiziaria. Il legislatore infatti demanda la raccolta delle dichiarazioni di voto dei creditori e la loro valutazione all'organismo di composizione della crisi, cui compete all'esito della votazione trasmettere ai creditori una relazione sui consensi pervenuti (art. 6, co. 1, D.L.) e, alla scadenza del termine di dieci giorni dal ricevimento della relazione, inviarne il testo unitamente alle contestazioni ed alla dichiarazione definitiva sulla fattibilità dell'accordo, al tribunale.

I creditori dovranno far pervenire le dichiarazioni di consenso all'organismo di composizione della crisi per telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax, posta elettronica certificata. Il legislatore ha cura di precisare che la dichiarazione deve essere "sottoscritta" e dunque occorrerà la firma autografa del creditore ovvero la firma digitale. Occorrerà inoltre che l'adesione corrisponda al contenuto della proposta come eventualmente modificata dal debitore in corso di procedimento. Ne deriva che se, per effetto delle contestazioni mosse da taluno dei creditori, il debitore modifica la proposta occorrerà una nuova manifestazione di consenso di ciascun creditore, salvo che la modifica possa ritenersi ininfluenza sulla posizione di quel singolo creditore.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

Il legislatore non dice quali creditori siano ammessi al voto, ma è da ritenere che non siano legittimati a votare oltre ai creditori estranei anche i creditori privilegiati di cui è previsto il pagamento integrale, salvo il caso di rinuncia al privilegio.

L'accordo è approvato se raggiunge la maggioranza del 70% dei crediti, 50% nel caso di sovraindebitamento del consumatore.

Il legislatore ha opportunamente precisato che l'accordo non determina la novazione delle obbligazioni, salvo che sia diversamente stabilito (art. 6, comma 4, D.L.). A differenza dell'accordo di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* e ss. e similmente al concordato preventivo e fallimentare, esso non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore ed obbligati in via di regresso, sì che costoro non si avvantaggiano della riduzione del credito nei confronti dell'obbligato principale come è invece previsto in caso di remissione del debito dall'art. 1239 c.c..

Come si è detto, quando l'accordo è raggiunto l'organismo di composizione della crisi trasmette ai creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale richiesta per l'approvazione, allegando il testo dell'accordo. Nei dieci giorni dal pervenimento della relazione i creditori possono sollevare contestazioni. Decorso il termine l'organismo di composizione della crisi trasmette al giudice la relazione già inviata ai creditori, allegando le contestazioni ricevute e l'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

Il giudice deve verificare il raggiungimento dell'accordo con la percentuale di legge e l'idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei e deve risolvere ogni altra contestazione mossa dai creditori. Va sottolineato che il procedimento non prevede che le parti abbiano diritto a comparire ed ad essere sentite dal giudice né che sia garantito il diritto al contraddittorio oltre che alla difesa tecnica. Questa scelta del legislatore ha portato un primo commentatore⁵ a ritenere, condivisibilmente, che risulti violato il principio costituzionale del diritto di difesa e che, in sede di conversione in legge, la disciplina dettata dal legislatore vada interamente rivista.

Va aggiunto che le contestazioni potranno avere ad oggetto il calcolo dell'avvenuto raggiungimento della percentuale di adesioni di legge, ma anche la pretermissione di un creditore dall'elenco dei creditori, ovvero la non fattibilità del piano e l'incapacità del debitore di adempiere alla proposta⁶. Si tratta di un catalogo non esaustivo, cui la pratica potrà aggiungere ulteriori ipotesi, quali ad esempio i criteri

⁵ M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

⁶ In questo senso M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

adottati per la formazione delle classi ove non si ritenga che essa possa essere del tutto discrezionale.

In caso di omologazione il giudice disporrà la pubblicazione dell'accordo in tutte le forme previste dall'art. 5, comma 2, D.L. e dunque disporrà idonea forma di pubblicità. Nel caso in cui il proponente svolga attività d'impresa dovrà inoltre essere disposta la pubblicazione su apposita sezione del registro delle imprese. Giova ricordare che l'esecuzione della pubblicità è demandata all'organismo di composizione della crisi (art. 10, comma 8).

Già si è detto degli effetti protettivi del patrimonio del debitore che seguono alla pronuncia di omologazione. Si rinvia pertanto alle osservazioni già svolte oltre che agli ulteriori rilievi che riguardano l'azione di accertamento del mancato pagamento dei loro crediti che compete ai creditori estranei e che fa cessare tali effetti protettivi.

Come si è ricordato, il provvedimento di omologazione è di competenza del Tribunale in composizione monocratica. Contro tale provvedimento è ammesso reclamo nelle forme previste dal rito camerale, avanti al Collegio, di cui non potrà far parte il giudice che ha emanato il provvedimento impugnato. Ci si è chiesti se il provvedimento che pronuncia sul reclamo sia impugnabile per cassazione⁷. La risposta affermativa, a mio avviso, s'impone perché dall'omologazione discendono non soltanto il divieto di azioni esecutive per un anno e l'affidamento della liquidazione ad un liquidatore o al fiduciario designato nell'accordo (ma salvo che per i beni pignorati la liquidazione può avvenire anche per atto del debitore), ma la nullità dei pagamenti e degli atti dispositivi di beni posti in essere in violazione dell'accordo o del piano (art. 8, comma 4, D.L.). Ne deriva che il provvedimento ha carattere decisorio.

Anche il provvedimento di reiezione dell'omologazione è suscettibile di reclamo, come afferma espressamente l'art. 7, comma 2, D.L. E' da ritenere che nel caso in cui il Tribunale ritenga che non sono state raggiunte le maggioranze previste dalla legge, non sia possibile il ricorso per cassazione perché la reiterabilità della proposta di accordo impedisce di affermare il carattere decisorio del provvedimento. Tale conclusione, a mio avviso, non vale nel caso in cui il rigetto avvenga per altri motivi⁸.

Resta a chiedersi quali siano i poteri del Tribunale nel caso in cui non vi siano state contestazioni. In proposito il tenore dell'art. 7, comma 2, del D.L. che prevede che, oltre a decidere sulle contestazioni, il Tribunale debba pronunciare sull'avvenuto raggiungimento delle percentuali di legge e sull'idoneità del piano ad assicurare il

⁷ Cfr. ancora M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit..

⁸ Si veda per il carattere decisorio del provvedimento, in caso di concordato preventivo, Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

pagamento dei creditori estranei, fa ritenere che non vi sia spazio per l'esercizio di ulteriori poteri ufficiosi, ma appare quantomeno dubbio se il Tribunale non possa procedere in questa fase ad un riesame della sussistenza dei presupposti e delle condizioni di ammissibilità che deve verificare nella prima fase della procedura.

5. L'esecuzione dell'accordo

Come si è già accennato l'esecuzione dell'accordo è rimessa ad un liquidatore, nominato dal giudice, quando per la soddisfazione dei crediti siano utilizzati beni sottoposti a pignoramento, o quando la nomina del liquidatore sia prevista dall'accordo. In questo caso il liquidatore dispone in via esclusiva dei beni sottoposti a pignoramento e delle somme incassate, è da ritenere, dalla liquidazione dei beni pignorati (art. 8, comma 1, D.L.).

Diversamente, come si è detto, ai sensi dell'art. 2, comma 1, la proposta può prevedere, sempre che non debba farsi luogo alla nomina del liquidatore da parte del giudice (così l'art. 2, comma 1), l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori. Già si è detto dei rapporti tra le due norme. Va peraltro aggiunto che nulla vieta che l'esecuzione dell'accordo, salvo il caso che debba farsi luogo alla nomina del liquidatore, sia affidata allo stesso debitore. Questi infatti non subisce spopolamento alcuno per effetto dell'apertura della procedura. Trovandosi *in bonis* può pertanto provvedere egli stesso all'esecuzione dell'accordo, almeno quando possa godere della fiducia dei creditori⁹ ovvero quando sia opportuno risparmiare sui costi della procedura, evitando le spese relative al compenso del liquidatore o del fiduciario. L'organismo di composizione della crisi, ai sensi dell'art. 10, comma 6, del D.L., ha il potere di assumere ogni iniziativa funzionale oltre che al raggiungimento dell'accordo, alla sua esecuzione.

L'organismo di composizione della crisi ha inoltre la vigilanza sull'esatto adempimento dell'accordo e deve comunicare ai creditori ogni irregolarità. E' da ritenere che tale attività di vigilanza debba essere svolta dall'organismo di composizione della crisi non soltanto nell'interesse dei creditori aderenti all'accordo, ma anche di quelli che sono rimasti estranei. Ad esso è inoltre attribuito un generico potere di risoluzione "delle difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo", che dovrebbe comportare, al di là dell'espressione tecnica usata dal legislatore, anche il potere di tentare l'amichevole composizione delle controversie eventualmente insorte¹⁰.

⁹ In questo senso M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

¹⁰ M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

Peraltro l'art. 8, comma 2 del D.L. prevede anche un procedimento, affidato al giudice della procedura, per la decisione delle contestazioni che hanno ad oggetto la violazione di diritti, oltre che sulla sostituzione del liquidatore per giustificati motivi. Il legislatore non precisa in quali forme debba svolgersi il procedimento, ma è da ritenere che si debba applicare il rito camerale richiamato dall'art. 7 per il giudizio di omologazione.

Come si è detto, il debitore non è soggetto a limitazioni nello svolgimento della liquidazione e nella distribuzione del ricavato, salvo per quanto concerne gli atti che sono necessariamente attribuiti alla competenza del liquidatore nominato dal giudice. Tuttavia in quest'ultimo caso compete al giudice, sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano (evidente in questo caso la discendenza della norma dall'art. 104, ultimo comma l.fall.) anche con riferimento alla possibilità di pagamento dei creditori estranei, autorizzare lo svincolo delle somme ed ordinare la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione nonché di ogni altro vincolo (art. 8, comma 3). Il riferimento al parere del liquidatore e la previsione del potere di ordinare la cancellazione del pignoramento e delle altre formalità iscritte, farebbe ritenere che l'autorizzazione del giudice sia necessaria soltanto con riferimento ai beni pignorati. L'ordine di cancellazione delle formalità iscritte dovrà peraltro essere pronunciato dal giudice in tutti i casi, anche quando non si sia fatto luogo alla nomina del liquidatore, perché in difetto mancherebbe nella legge l'indicazione di un organo che possa emettere tale provvedimento, con conseguente appesantimento della procedura.

Va poi ricordato che ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 8, i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione dell'accordo e del piano sono nulli, sì che si è giustamente detto che il patrimonio oggetto dell'accordo e del piano è sottoposto ad un vincolo di destinazione¹¹.

6. Risoluzione ed annullamento dell'accordo

In materia di risoluzione ed annullamento il legislatore ha ampiamente attinto dalla corrispondente disciplina in materia di concordato.

Così l'annullamento dell'accordo può essere pronunciato soltanto quando è stato dolosamente aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento (art. 9). L'annullamento dell'accordo non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede, con la conseguenza che rimangono fermi gli atti di disposizione dei beni che siano stati compiuti in esecuzione dell'accordo, salvo che si provi la mala fede del terzo acquirente. Anche i pagamenti

¹¹ M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

ricevuti dai creditori aderenti, come si dirà più ampiamente con riferimento alla risoluzione, rimarranno fermi.

L'azione di annullamento spetta ad ogni creditore, in contraddittorio con il debitore, nelle forme del procedimento camerale disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c. La competenza spetta al Tribunale in composizione monocratica. Poiché non è ripetuta la disposizione che, in tema di omologazione, prevede la competenza per il reclamo del tribunale in composizione collegiale, è da ritenere che debba trovare applicazione l'art. 739 c.p.c. e che pertanto il reclamo sia rimesso alla competenza della corte d'appello.

Anche la risoluzione dell'accordo può essere chiesta soltanto dai creditori, nelle ipotesi tassative previste dall'art. 9 del D.L. E' da ritenere che la legittimazione a chiedere l'annullamento e la risoluzione spetti soltanto ai creditori che hanno aderito all'accordo e non ai creditori estranei. A costoro, infatti, è riservata la diversa azione prevista dall'art. 7, comma 4. In caso di mancato pagamento, tali creditori possono chiedere, sempre nelle forme del procedimento camerale di cui agli artt. 737 e ss., l'accertamento di tale situazione. A differenza di quanto stabilito per l'azione di annullamento e di risoluzione dall'art. 9, l'art. 7, pur rinviando al procedimento disciplinato dagli artt. 737 e ss. c.p.c., non prevede la competenza del tribunale in composizione monocratica. E' tuttavia da ritenere che anche in questo caso sia competente il giudice singolo sia perché l'art. 7 disciplina congiuntamente, per quanto concerne gli effetti della pronuncia, l'azione di risoluzione e l'azione in esame, sia perché la competenza del collegio sarebbe frutto di un evidente difetto di coordinamento della norme.

Gli effetti della pronuncia che accerta il mancato pagamento dei creditori estranei, evidentemente dopo la scadenza della moratoria eventualmente prevista nell'accordo che non può aver durata superiore all'anno, sono il venir meno del divieto di azioni esecutive e degli altri effetti protettivi del patrimonio del debitore. Il creditore estraneo riacquista pertanto la possibilità di agire esecutivamente sui beni di quest'ultimo, senza che venga meno l'efficacia dell'accordo per i creditori che vi hanno prestato adesione. Va peraltro segnalato che il legislatore non si è preoccupato di stabilire che insieme al venir meno degli effetti protettivi che seguono all'omologazione, si caduchi anche la moratoria di un anno per il pagamento dei creditori estranei. Poiché il termine in questione deve essere fatto ragionevolmente decorrere dalla sentenza di omologazione, posto che soltanto per effetto di tale sentenza l'accordo ed il piano possono produrre effetti nei confronti dei creditori estranei, la caducazione degli effetti protettivi rischia di essere di scarsa utilità per questi creditori. E' ben vero che la moratoria è soltanto facoltativa, non scatta ove non sia prevista nella proposta di accordo e può avere durata inferiore all'anno (art. 3, comma 4: "il piano può prevedere una moratoria sino ad un anno"). E' peraltro ragionevole ritenere che la

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

pronuncia di accertamento del mancato pagamento dei creditori estranei comporti il venir meno anche dell'efficacia della moratoria perché altrimenti nella maggior parte dei casi la pronuncia sarebbe *inutiliter data*. In alternativa si dovrebbe ammettere che anche i creditori estranei siano legittimati all'azione di risoluzione perché soltanto con la risoluzione verrebbero meno, anche nei loro confronti, gli effetti pregiudizievoli dell'accordo. Va comunque segnalato che in caso di moratoria i creditori estranei non potranno dolersi del mancato pagamento prima della scadenza della stessa e che normalmente in tale momento saranno comunque venuti meno gli effetti protettivi del patrimonio del debitore conseguenti all'omologazione dell'accordo, che non possono avere durata superiore all'anno (art.7, comma 3). L'azione di accertamento del mancato pagamento dei creditori estranei nella pratica avrà scarsa utilità, limitata ai casi, invero rari, in cui la moratoria non sia stata prevista o sia stata prevista per un periodo inferiore all'anno o in cui gli effetti protettivi siano stati riconosciuti per una durata inferiore, come la lettera del comma 3 dell'art. 7 consente di fare.

Va poi ricordato che gli effetti protettivi del patrimonio del debitore riguardano le azioni esecutive individuali, per cui i creditori estranei, ma anche quelli aderenti all'accordo, decorso il termine previsto per il pagamento dei loro crediti e per i primi scaduto il termine dell'eventuale moratoria, potranno agire nei confronti del debitore che sia imprenditore commerciale e che nelle more abbia superato le soglie di fallibilità previste dall'art. 1 l.fall., per la dichiarazione di fallimento. I creditori estranei potranno anche contestare che il debitore fosse in precedenza al di sotto delle soglie, salvo che sul punto sia intervenuta in sede di omologazione una pronuncia contraria facente stato nei loro confronti.

Resta a dire dell'azione di risoluzione dell'accordo. Tale azione spetta, come si è detto, ai creditori aderenti¹². L'azione può essere proposta quando il proponente non adempie regolarmente alle obbligazioni derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore. L'azione è ammissibile entro il termine di un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dall'accordo. Il legislatore ha qui ripreso, in parte, la disciplina della risoluzione dettata dall'art. 137 l.fall. per il concordato fallimentare. Non è stata peraltro ripetuta la norma, dettata dall'art. 186 l.fall. in tema di concordato preventivo, che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione quando l'inadempimento ha scarsa importanza. Non si tratta di una mera dimenticanza, perché nel caso del concordato preventivo la risoluzione può essere domandata in caso d'inadempimento, mentre nella procedura in esame come nel concordato fallimentare è sufficiente che il debitore *non adempia regolarmente le*

¹² Già si è detto nel testo a quali condizioni può ritenersi una legittimazione concorrente dei creditori estranei.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

obbligazioni derivanti dall'accordo. Basterà pertanto una qualunque violazione delle condizioni previste dall'accordo per il pagamento dei creditori per legittimare la risoluzione. Dalla formulazione della norma deriva infatti che sia la mancanza, sia l'inesattezza dell'adempimento possono determinare la risoluzione. Va ricordato che in tema di concordato fallimentare, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che non vi sia spazio per una valutazione discrezionale del tribunale circa la gravità o l'imputabilità degli inadempimenti¹³. E' invece nuova, rispetto alla disciplina del concordato, la considerazione come ipotesi di risoluzione del caso in cui l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, che sembra rifarsi alla disciplina dettata dall'art. 1463 c.c. e che richiama un consolidato orientamento giurisprudenziale, maturato soprattutto con riferimento al concordato con cessione dei beni¹⁴.

Anche nel caso di risoluzione dell'accordo non sono pregiudicati i diritti acquistati dai terzi di buona fede. Tale norma, come si è detto, tutela i terzi acquirenti di buona fede dei beni del debitore, ma è da ritenere che riguardi anche i creditori nei cui confronti sono stati effettuati pagamenti. Ciò perché il legislatore non ha ritenuto di riproporre in questa sede il principio stabilito per il concordato fallimentare dall'art. 140, comma 3, l.fall. per cui i creditori non sono tenuti a restituire quanto già riscosso. Tale regola potrà trovare applicazione anche in caso di risoluzione dell'accordo di sovraindebitamento, ma soltanto a favore dei creditori di buona fede. Altra e diversa

¹³ Cass. 10 gennaio 1996, n. 157, "Nel giudizio di risoluzione del concordato fallimentare per inadempimento degli obblighi concordatari, il tribunale non ha altro compito né altro potere che quello di accertare se il concordato sia stato eseguito, o meno, nei termini e con le modalità stabiliti nella sentenza di omologazione, senza alcun margine di discrezionalità in ordine alla valutazione della gravità o all'imputabilità dell'inadempimento." Cfr. anche Cass. 27 dicembre 1996, n. 11503.

¹⁴ Si veda in proposito, recentemente, Cass. 20 giugno 2011, n. 13446, che ha affermato che "Il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori deve essere risolto a norma dell'art. 186 legge fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati; la ragione della predetta risoluzione, inoltre, può anche consistere, come nella specie, nell'obiettiva impossibilità sopravvenuta di attuare le condizioni minime previste dalla legge fallimentare, senza che alcun rilievo assuma l'eventuale colpa del debitore che, in caso di consegna dei beni, ha esaurito la sua prestazione, ove non sia prevista la sua liberazione immediata ed invece operi il trasferimento in favore degli organi della procedura della legittimazione a disporre dei beni ceduti ex art. 1977 cod. civ."

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

questione è se i creditori conservino le garanzie a suo tempo prestate dal debitore per le somme tuttora ad essi dovute, come prevede l'art. 140 l.fall. In proposito va ricordato che la cancellazione delle formalità segue all'alienazione dei beni su provvedimento del giudice del procedimento. Ove l'alienazione non sia ancora intervenuta, non vi saranno difficoltà per il riconoscimento della garanzia. Pur nel silenzio della legge è infatti ragionevole ritenere che i creditori conservino il rango privilegiato ad essi spettante prima dell'accordo, venendo meno per effetto della risoluzione, gli effetti dell'eventuale rinuncia al privilegio. Poiché peraltro la nuova disciplina fa salvi i diritti dei terzi acquirenti di buona fede è da ritenere che costoro abbiano acquistato i beni liberi da vincoli. Nel caso in cui i beni siano già stati alienati, la difficoltà di riconoscere la garanzia o il privilegio deriverà, più che dalla disciplina normativa, dalla difficoltà di individuare nella massa attiva liquida le somme corrispondenti ai beni che sono stati oggetto di alienazione.

Anche nel caso della risoluzione, il procedimento segue il rito camerale (art. 8, comma 5) ed il Tribunale giudica in composizione monocratica.

Sempre in tema di risoluzione occorre ricordare che ai sensi dell'art. 6, comma 5, del D.L., l'accordo è revocato di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

La norma prevede una forma di risoluzione automatica dell'accordo e sembra dire, ad una prima lettura, che questi creditori debbano essere sempre soddisfatti entro novanta giorni e che debbano pertanto essere considerati creditori estranei con la differenza che nei loro confronti non sarebbe ammessa la moratoria di un anno. Il rigore di tale soluzione, che porterebbe a configurare, sul modello della disciplina della transazione fiscale secondo l'interpretazione seguita dall'Agenzia delle Entrate, una sorta di *jus singolare* a favore dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni, suggerisce di proporre una diversa interpretazione¹⁵, pure compatibile con la lettera della legge. Anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie vale la legge dell'accordo di sovraindebitamento, sia nel senso che essi possono aderire alla proposta del debitore, vincolandosi ai termini ed alle condizioni di pagamento previste nella proposta, sia nel senso che possono invece rimanere estranei, subendo in tal caso gli effetti della moratoria prevista dall'accordo e dell'omologazione dell'accordo stesso per quanto concerne gli effetti protettivi del patrimonio del debitore. A tale ultimo proposito va

¹⁵ In questo senso cfr. M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

rilevato che l'art. 3 del decreto legge non prevede che la moratoria sia esclusa per i crediti erariali e previdenziali.

Se tale premessa è vera, la risoluzione di diritto seguirebbe soltanto al mancato pagamento nel termine di novanta giorni dalle scadenze previste nell'accordo o derivanti dall'accordo se si tratta di creditori estranei, fermo restando il diritto di tali creditori di avvalersi dello *jus commune* e quindi della risoluzione per inadempimento. Il vantaggio della disciplina speciale sta evidentemente nell'effetto risolutivo automatico che deriva dal ritardo nei pagamenti protratto oltre i novanta giorni, senza che occorra che il creditore si attivi chiedendo la risoluzione.

7. Gli organismi di composizione della crisi

Tutta la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento ruota intorno agli organismi di composizione della crisi. Il legislatore dedica varie norme in ordine alla disciplina della loro costituzione ed in ordine alle attività che sono loro riservate.

L'art. 10 del decreto legge stabilisce anzitutto che gli enti pubblici possono costituire organismi per la composizione delle crisi da sovraindebitamento con adeguate garanzie di indipendenza e professionalità.

Gli organismi di mediazione costituiti presso le camere di commercio, il segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari, costituito dalle Regioni ai sensi dell'articolo 22, comma 4, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai possono operare come organismi di composizione della crisi.

Tutti questi organismi sono iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia, a semplice domanda nel caso degli organismi costituiti presso le camere di commercio, il segretariato sociale e gli ordini professionali. Con apposito regolamento il Ministro della Giustizia stabilisce i requisiti, i criteri e le modalità di iscrizione nel registro. Con lo stesso decreto sono disciplinate la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché la determinazione delle indennità spettanti agli organismi, a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura.

Dalla costituzione degli organismi costituiti dagli enti pubblici non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, e le attività degli stessi devono essere svolte nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Come si vede la sfera dei soggetti legittimati a costituire organismi di composizione della crisi è più ristretta di quanto previsto per la media-conciliazione. Il

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

fatto che essi debbano essere costituiti, per quanto concerne gli enti pubblici, senza costi aggiuntivi per l'Amministrazione, non lascia molto sperare in termini di professionalità ed efficienza.

L'art. 11, denominato "disposizioni transitorie" stabilisce che i compiti e le funzioni attribuiti agli organismi di composizione della crisi possono essere svolti anche da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti per la nomina a curatore fallimentare previsti dall'art. 28 l.fall., e successive modificazioni, ovvero da un notaio, nominati dal presidente del tribunale o dal giudice da lui delegato. Va sottolineato che la norma, per quanto definita transitoria, non prevede un termine finale di vigenza, sì che, salvo diverso provvedimento in sede di conversione in legge del decreto, di fatto amplia enormemente la sfera dei soggetti abilitati ad operare come organismi di composizione della crisi, ricomprendendovi i notai, gli avvocati, i dottori commercialisti ed i ragionieri, vale a dire tutti i professionisti oggi abilitati a svolgere le funzioni di curatore fallimentare, ivi comprese le società tra professionisti. In virtù del richiamo dell'art. 28 l.fall. deve ritenersi che nel caso di società di professionisti valgano i vincoli stabiliti dalla lett. b) del primo comma della norma citata. I soci delle società tra professionisti dovranno avere i requisiti professionali previsti per la nomina a curatore e all'atto dell'accettazione dell'incarico dovrà essere designata la persona fisica responsabile della procedura.

Inoltre ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 28 non potranno svolgere le funzioni di organismo di composizione della crisi il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori e chi ha concorso al dissesto entro i due anni anteriori all'apertura della procedura nonché chiunque si trovi in conflitto d'interessi con la stessa. E' ben vero che l'ultimo comma dell'art. 28 non è espressamente richiamato dal decreto legge, ma il riferimento ai requisiti previsti dalla norma fa ritenere che in tale nozione possano rientrare anche i requisiti di incompatibilità regolati da tale ultimo comma.

Sia nei confronti degli organismi di composizione della crisi propriamente detti sia nei confronti dei professionisti abilitati in via transitoria il Ministero della Giustizia è competente a stabilire con suo decreto le tariffe applicabili, da porre a carico dei soggetti che ricorrono alla procedura. Nel caso di sovraindebitamento del consumatore le stesse indennità sono ridotte della metà.

Venendo ai compiti affidati agli organismi di composizione della crisi, va detto che essi provvedono a moltissime attività, durante l'intero arco della procedura. Operano già in funzione di ausilio del debitore in sede di predisposizione del piano e della proposta di accordo; ad essi spetta il ruolo, fondamentale, di verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e di attestare la fattibilità del piano. Depositato

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

l'accordo, agli organismi di composizione della crisi è affidato il compito di effettuare la pubblicità e di ricevere le dichiarazioni di consenso dei creditori, presentando successivamente una relazione ai creditori sull'esito della votazione, di raccogliere le contestazioni e riferire al giudice concludendo definitivamente in ordine alla fattibilità. Ancora sono gli organismi di composizione della crisi che debbono effettuare le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito del procedimento (art. 10, comma 8). Dopo l'omologazione, spetta agli organismi di composizione della crisi vigilare sull'adempimento dell'accordo e risolvere le difficoltà insorte nell'esecuzione. Il sesto comma dell'art. 10 del D.L. precisa che l'organismo di composizione della crisi assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione, al raggiungimento dell'accordo, e all'esecuzione dello stesso.

E' stato giustamente osservato che in tal modo il legislatore ha così mescolato compiti di supporto al debitore, compiti di fidejussione verso i creditori, compiti di ausilio del giudice e di controllore nell'interesse dei creditori¹⁶. E' evidente che in tal modo si apre la strada al conflitto d'interessi. Né può valere il richiamo alla poliedricità dei compiti del curatore del fallimento, perché è vero che questi si sostituisce al fallito nell'amministrazione del patrimonio, ma lo fa nell'interesse dei creditori ed in attuazione dello spopolamento previsto dalla legge fallimentare. Qui invece l'organismo di composizione della crisi è al tempo stesso il consulente del debitore, l'attestatore della veridicità dei dati e della fattibilità del piano, organo pubblico che procede all'accertamento dell'esito della votazione e ne riferisce al giudice nei cui confronti opera come ausiliario, controllore dell'adempimento nell'interesse dei creditori.

E' evidente che il possibile conflitto d'interessi in tanto può trovare soluzione in quanto le varie funzioni non siano svolte dai medesimi soggetti, sia pur nell'ambito dello stesso organismo di composizione della crisi. Ha quindi senso la proposta¹⁷ che suggerisce che l'Organismo adotti un regolamento nel quale i diversi compiti vengano attribuiti a professionisti differenti, con una vera e propria delega di funzioni. Nel caso di nomina del professionista, in virtù della norma transitoria, da parte del presidente del tribunale ovvero del giudice da lui delegato, si potrà immaginare la nomina di distinti professionisti per lo svolgimento di varie attività tutte le volte che si delinea il conflitto d'interessi. Sarà però necessario prevedere il frazionamento dell'indennità onde evitare che la soluzione del problema si traduca in un maggior costo per il debitore.

¹⁶ cfr. M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

¹⁷ cfr. M.FABIANI, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"* (d.l. 212/2011), cit.

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

8. Conclusioni

E' naturalmente azzardato fare previsioni, allo stato, sul successo della procedura. Si può cominciare ad osservare che il nostro Paese, insieme alla Grecia, era rimasto l'unico a non contemplare una procedura di composizione dell'insolvenza civile, del non imprenditore e che, divenuto il fallimento a seguito della riforma del 2005-2006 da procedura sanzionatoria un procedimento di soluzione della crisi d'impresa cui può seguire l'esdebitazione, mancava uno strumento analogo per le insolvenze degli imprenditori sotto soglia e di coloro che non sono imprenditori. Si può ancora aggiungere che mancava una procedura che consentisse al debitore di raggiungere un accordo con i propri creditori deflazionando il numero delle procedure esecutive, mobiliari ed immobiliari, che ingolfano i nostri tribunali, spesso senza reali vantaggi in termini di recupero del credito da parte dei creditori.

Sicuramente dunque il testo di legge ha riempito una lacuna rilevante, che doveva essere colmata.

Resta da domandarsi se la procedura avrà successo in termini concreti. Un punto di forza è sicuramente rappresentato dal fatto che i creditori sono in genere più che pronti ad accettare soluzioni transattive che gli consentano di evitare i tempi ed i costi del procedimento giudiziale. Chiunque frequenti un'aula di giustizia può confermare quest'affermazione. L'accordo di ristrutturazione della crisi da sovraindebitamento potrà sicuramente funzionare, soprattutto quando vi siano a fianco del debitore familiari o altri soggetti disposti ad offrire garanzie sui propri beni per l'esecuzione dell'accordo.

I profili negativi e preoccupanti sono tuttavia rilevanti. Da un lato vi è il carattere macchinoso della procedura. Alla presentazione della proposta di accordo non segue automaticamente l'effetto sospensivo delle azioni esecutive, ma soltanto all'esito di un'udienza che presuppone la convocazione di tutti i creditori (attività non sempre facile ed agevole, soprattutto nel caso di chi non ha alcun obbligo od abitudine di tenere le scritture contabili). Non si comprende davvero perché occorra un'udienza ad hoc per sospendere per 120 giorni le procedure esecutive ed assicurare gli ulteriori effetti protettivi del patrimonio, quando in tale udienza il giudice può non concedere tale beneficio soltanto ove risultino iniziative od atti in frode ai creditori. Sarebbe stato opportuno far derivare l'effetto interdittivo dalla semplice presentazione della proposta salvo revoca nel caso di atti in frode lasciando ai creditori e all'organismo di composizione della crisi il compito di denunciarli. Ancora, una volta, scelta la strada di lasciare lo svolgimento della votazione al di fuori delle aule giudiziarie (e si tratta di scelta opportuna che andrebbe imitata anche per quanto concerne il concordato preventivo), non si comprende perché il raggiungimento delle maggioranze e l'omologa richieda un secondo provvedimento del Tribunale e non possa seguire come effetto

DIRITTO FALLIMENTARE

Crisi da sovraindebitamento

automatico alla mancata proposizione di opposizioni da parte dei creditori entro un dato termine.

In altri termini se si ritiene che gli organismi di composizione della crisi possano svolgere le funzioni certificative e di vigilanza loro attribuite in modo efficace, perché non lasciare il ricorso al giudice all'iniziativa discrezionale del creditore? Occorre considerare che nella maggior parte dei casi si tratterà di procedimenti per crediti modesti, derivanti dall'eccessivo uso della carta di credito o dall'incapacità di far fronte al mutuo sulla casa in conseguenza della perdita del posto di lavoro, ecc. Non occorre veramente l'intervento del giudice, in difetto di contestazioni, per garantire il corretto svolgimento del procedimento.

Un altro aspetto negativo è rappresentato dalla mancanza di provvedimenti che assicurino un'adeguata professionalità agli organismi di composizione della crisi e la mancanza di un termine alla norma transitoria che affida tali funzioni ai professionisti. Qui saranno gli ordini professionali da una parte e gli enti pubblici interessati, oltre che abilitati, a costituire gli organismi di composizione della crisi, a doversi dare regolamenti e metodologie operative che assicurino professionalità e garantiscano un'adeguata tutela del debitore e dei creditori e soprattutto tempi brevi ed efficienza. Proprio perché la riforma fonda l'accordo a tutto campo sull'operatività degli organismi di composizione della crisi, bisogna che tali organismi siano in grado di svolgere le loro funzioni in termini tali da rendere lo strumento della composizione della crisi appetibile.

Mancano le sanzioni. Se è vero che vi è stato in questi anni un abuso di norme penali, non sarebbe stato inopportuno prevedere sanzioni amministrative nei confronti del debitore scorretto (l'interdizione dall'accesso alla procedura) e degli organismi di composizione della crisi inefficienti e non professionali, che potessero avere un effetto dissuasivo.

Manca poi uno strumento di accesso al credito che consenta al debitore di sostituire tramite l'accordo di ristrutturazione ad una pluralità di creditori un finanziatore a condizioni eque. Il progetto Centaro, approvato dalla Commissione Giustizia del Senato in sede deliberante, e poi successivamente arenatosi, legava opportunamente la soluzione della crisi da sovraindebitamento del consumatore ai provvedimenti anti-usura. Di ciò non è rimasto nulla, anche se è comprensibile che in questi tempi di crisi non si parli di finanziamenti.

GLI STRUMENTI AGEVOLATIVI PER LE IMPRESE IN RETE

L'Autore prende in esame la nozione di rete d'impresa, esaminando i presupposti soggettivi e oggettivi per l'agevolazione da "rete d'impresa", e in particolare soffermandosi sulla riserva da accantonamento di utili destinati al programma.

di GIUSEPPE A. M. TRIMARCHI

1. La nozione di rete d'impresa in funzione dei meccanismi agevolativi

Al contratto di rete, quale risultante dal vigente disposto dei commi 4-ter e 4-quater dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito con modificazioni dalla legge 9 aprile 2009, n. 33 e poi modificato dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122), s'è inteso assegnare il taumaturgico valore di strumento idoneo all'accrescimento individuale e collettivo delle capacità innovative e competitive delle imprese partecipanti, sul presupposto che un programma di collaborazione ampiamente inteso, e di scambio d'informazioni rafforzi la capacità dei singoli sul mercato .

Sarà la prassi ed il freddo snocciolamento dei dati statistici a confermare o a confutare l'ipotesi legislativa che, tuttavia, non manca di coraggio, né, come di consueto, di coni d'ombra applicativi.

In ogni caso, una serie di indici di carattere letterale denotano una grande fiducia da parte del legislatore nell'efficienza del contratto di rete. Basti pensare al fatto che, con la Legge n. 180 dell' 11 novembre 2011¹, il legislatore, nel quadro di principi basati sul "[...] riconoscimento del contributo fondamentale delle imprese alla crescita dell'occupazione e alla prosperità economica, nonché al riconoscimento dei doveri cui l'imprenditore è tenuto ad attenersi nell'esercizio della propria attività;";, nonché al fine di "[...] favorire lo sviluppo delle imprese anche di carattere familiare" e, soprattutto, di "[...] valorizzare il potenziale di crescita, di produttività e di innovazione delle imprese, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese" ha deciso, da un lato, di introdurre un articolo (l'art. 13) in riforma parziale di alcuni aspetti della disciplina degli appalti pubblici nel senso di "favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese" semplificando così "l'accesso agli appalti delle aggregazioni fra micro, piccole e medie imprese privilegiando associazioni temporanee di imprese, forme

¹ "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese.", in G.U. n. 265 del 14 novembre 2011.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

consortili e reti di impresa, nell'ambito della disciplina che regola la materia dei contratti pubblici;”. E, dall'altro, di introdurre, altresì, un articolo rubricato “Politiche pubbliche per la competitività” (l'art. 16) con il quale si stabilisce che “1. Al fine di garantire la competitività e la produttività delle micro, piccole e medie imprese e delle reti di imprese, lo Stato, nell'attuazione delle politiche pubbliche e attraverso l'adozione di appositi provvedimenti normativi, provvede a creare le condizioni più favorevoli per la ricerca e l'innovazione, l'internazionalizzazione e la capitalizzazione, la promozione del «Made in Italy» e, in particolare:

a) garantisce alle micro, piccole e medie imprese e alle reti di imprese una riserva minima del 60 per cento per ciascuna delle misure di incentivazione di natura automatica o valutativa, di cui almeno il 25 per cento è destinato alle micro e piccole imprese; [...];

c) favorisce la trasparenza nei rapporti fra gli intermediari finanziari e le micro, piccole e medie imprese e le reti di imprese, assicurando condizioni di accesso al credito informato, corretto e non vessatorio, mediante:

1) l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dei poteri di cui agli articoli 12 e 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni, nei confronti degli intermediari finanziari ai fini di verificare le condizioni di trasparenza del comportamento degli intermediari verso le imprese e di accertare pratiche concertate, accordi o intese;

2) la previsione dell'obbligo per gli intermediari finanziari di trasmettere periodicamente al Ministero dell'economia e delle finanze, per la sua pubblicazione telematica, un rapporto sulle condizioni medie praticate su base nazionale e regionale, sui tempi medi di istruttoria relativa alla concessione di crediti, sul numero, sulla quantità di impieghi e sulla loro distribuzione per classi dimensionali di impresa;

d) sostiene la promozione delle micro, piccole e medie imprese e delle reti di imprese nei mercati nazionali e internazionali mediante:

1) la realizzazione, senza nuovi o maggiori oneri finanziari e amministrativi, da parte del Ministero dello sviluppo economico, di un portale dedicato al «Made in Italy» che permetta al consumatore di orientarsi nella ricerca di prodotti tipici italiani, nonché di prodotti «Made in Italy» di largo consumo;

2) la definizione, da parte del Ministero dello sviluppo economico, tramite uno o più accordi di programma sottoscritti con l'Unione italiana delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (Unioncamere), delle linee guida, delle priorità e del sistema di valutazione degli interventi sulla base degli indirizzi di politica industriale, sentite le organizzazioni nazionali di rappresentanza delle micro, piccole e medie imprese maggiormente rappresentative a livello nazionale, anche al fine di un più efficace impiego delle risorse stanziato dalle camere di commercio per il sostegno

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

alla partecipazione delle micro, piccole e medie imprese agli eventi fieristici e per le attività promozionali; [...]”.

Quel che conta ai fini delle riflessioni che seguono è, innanzitutto, che il contratto di rete d'impresa, sia che declini un tipo contrattuale di diritto privato con “comunione di scopo”, sia che includa anche fattispecie destinate alla soggettività, come pure più coraggiosamente potrebbe sostenersi affermandone la compatibilità con il consorzio con attività esterna, assicura ai partecipi alcune agevolazioni fiscali, la cui piena legittimità è stata anche di recente confermata, in via implicita, dalla Commissione Europea².

Al centro della previsione normativa v'è, senz'ombra di dubbio, il cd. “programma comune”, che costituisce il presupposto indispensabile per il riconoscimento delle agevolazioni fiscali, le quali, a sua volta, ne stimolano, in buona sostanza, la piena attuazione.

Sotto questo profilo, è stato correttamente osservato che il programma si può modulare attraverso una pluralità di manifestazioni pattizie: dal “cluster” di progetti differenziati tra varie imprese, a progetti unitari di tipo verticale o orizzontale³.

D'altra parte i dati relativi alle prime applicazioni lasciano trasparire un ampio utilizzo delle nozioni di “programma” e di “attività coordinata” nella e con la “Rete”, dal momento che quest'ultima è stata già utilizzata come strumento di erogazione di servizi alle imprese partecipi, nonché per il coordinamento dell'offerta sul mercato di beni o servizi prodotti dai singoli aderenti.

Il programma equivale, quindi, all'oggetto del contratto di Rete⁴ dalla cui specificità si determinano i diritti e gli obblighi dei partecipi, e il cui conseguimento è alla base del riconoscimento agevolativo.

Non può, quindi, trascurarsi che il contratto di Rete deve contenere il “programma” e dunque l'elenco dei diritti ed obblighi di ciascuno e “le modalità di realizzazione dello scopo comune” oltre che l'eventuale istituzione di un fondo patrimoniale⁵.

Va, inoltre, ricordato che la legge n. 122 del 30 luglio 2010, all'art. 42, co. 2-bis, lett. c), statuisce che “*se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento*

² La quale, con decisione del 26 gennaio 2011, ha chiarito non possa ipotizzarsi “aiuto di Stato” confermandone, quindi, la piena legittimità, in <http://eur-lex.europa.eu>

³ F. Cafaggi *Il Contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *I Contratti*, 5\2011, 504 ss.

⁴ M. Maltoni – P. Spada, *Il contratto di rete*, Studio n. 1-2011/I, Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 20 aprile 2011.

⁵ La cui previsione, se, da un lato, non risulta obbligatoria ai fini della validità civilistica del contratto, dall'altro, come si vedrà più avanti, condiziona il conseguimento dell'agevolazione fiscale.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile [...]".

Alla luce di ciò, è, quindi, stabilito a beneficio dei partecipanti aventi talune caratteristiche soggettive *“un regime di sospensione di imposta sugli utili d'esercizio accantonati ad apposita riserva e destinati al fondo patrimoniale per la realizzazione degli investimenti previsti dal programma stesso, che abbia ottenuto la preventiva asseverazione da parte degli organismi abilitati”*⁶.

E' di tutta evidenza, pertanto, che il fine principale dell'agevolazione è quello di stimolare il conseguimento del programma.

2. I presupposti soggettivi per l'agevolazione da “rete d'impresa”

La normativa in commento stabilisce che i soggetti che hanno aderito al contratto di Rete possono godere dell'agevolazione sul presupposto che devono essere considerate imprese aderenti sia “i fondatori” (*rectius*: gli originari sottoscrittori del contratto), sia le imprese che vi hanno successivamente aderito. Non si registrano dal punto di vista soggettivo altri limiti per il conseguimento dell'agevolazione, né rinvencono ostacoli ricollegabili all'attività svolta in fatto dalle imprese interessate, alle dimensioni delle stesse, ovvero al territorio ove svolgono la loro attività .

L'articolo 42, co. 2- *bis*, del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, come modificato della legge n. 122 del 30 luglio 2010, stabilisce che *“l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari”*.

Può discutersi se , per poter godere dell'agevolazione, occorra eseguire la pubblicità in parola a carico di tutti i partecipi e se la mancata esecuzione della stessa, anche per uno soltanto, precluda a tutti di goderne.

A prescindere da ogni considerazione di carattere sistematico e civilistico, posto che la formulazione della norma è evidentemente suscettiva di non pochi problemi esegetici, sul piano applicativo è utile distinguere la fase di conclusione del contratto tra i soli “fondatori” da quella delle adesioni successive.

Con tutta probabilità, l'intera efficacia del contratto, ivi compresa la fruizione delle agevolazioni fiscali, sono subordinate all'esecuzione delle formalità pubblicitarie a

⁶ Cfr. Circolare n.15/E , del 14 aprile 2011, dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa, in www.agenziaentrate.gov.it, sul presupposto che l'art. 42 co. 2 - *quater* del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122) statuisce quanto segue: *“Fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012, una quota degli utili dell'esercizio destinati dalle imprese che sottoscrivono o aderiscono a un contratto di rete (...), se accantonati ad apposita riserva, concorrono alla formazione del reddito nell'esercizio in cui la riserva è utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio ovvero in cui viene meno l'adesione al contratto di rete.”*.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

carico di tutti gli originari sottoscrittori. Successivamente, le singole adesioni cifrano l'efficacia per ciascuno degli aderenti, in guisa che l'esecuzione della formalità pubblicitaria torna pienamente ad essere condizione di opponibilità ai terzi (compresa quindi l'amministrazione delle finanze) per il (solo) soggetto che v'è tenuto.

Dal punto di vista territoriale o della "cittadinanza fiscale" vale considerare che possono godere dell'agevolazione in parola anche le "stabili organizzazioni" di imprese "non residenti" (si pensi a società estere che hanno, ad esempio, in Italia solo la sede secondaria).

Poiché la norma esige un accantonamento in una riserva, vale chiedersi se all'agevolazione siano ammesse anche le imprese individuali e le società di persone che normalmente non redigono il bilancio di cui agli artt. 2424 e ss. cc.

La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n.15/E, del 14 aprile 2011, ha correttamente chiarito che sul piano soggettivo non possono rinvenirsi limiti dalle modalità di tenuta della contabilità, purché imprese individuali e società di persone integrino *"le scritture contabili previste dall'articolo 2217, secondo comma, del codice civile con apposito prospetto da cui dovranno risultare la destinazione a riserva dell'utile d'esercizio e le vicende della riserva."*

L'aver stipulato un contratto di rete prima dell'entrata in vigore delle norme concernenti l'agevolazione fiscale non preclude ai soggetti che vi abbiano aderito di godere delle agevolazioni fiscali purché siano state eseguite le formalità pubblicitarie per i "fondatori".

Dal punto di vista ancora soggettivo, infine, deve segnalarsi che come, da un lato, l'adesione (e la relativa pubblicità) al contratto di Rete cifra il presupposto soggettivo per l'ammissione alle agevolazioni fiscali previste, dall'altro la cessazione dello *status* di partecipe alla Rete segna il venir meno dell'agevolazione di che trattasi.

E' stato, a tale riguardo, opportunamente sottolineato⁷, che il regime agevolativo cessa sia nel caso in cui l'impresa receda dalla Rete, ancorché il programma di Rete sia proseguito dagli altri partecipi, i quali, quindi continueranno a godere dell'agevolazione in parola; sia che l'intero contratto si sciogla in difetto del conseguimento del programma. Fermo resta, in tal caso, che l'evento soggettivamente interruttivo del rapporto di Rete determina il ritorno al trattamento ordinario degli utili accantonati a riserva speciale ed in particolare, dunque, il prodursi a loro carico dell'effetto di (ri)tornare a concorrere alla formazione del reddito dell'impresa che li aveva in origine, appunto, destinati al servizio del programma delle Rete.

3. I presupposti oggettivi per l'agevolazione da "rete d'impresa"

⁷ Cfr. Circolare n.15/E, del 14 aprile 2011, cit.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

Al fine di godere dell'agevolazione al vaglio le imprese aderenti alla Rete , e la Rete stessa, devono soddisfare, altresì, taluni requisiti "oggettivi" che per una ragione d'ordinata esposizione sarebbe opportuno distinguere in due categorie: i requisiti che deve avere la Rete e quelli che, invece, devono riferirsi ai suoi partecipi.

La Rete onde poter assicurare il godimento delle agevolazioni deve:

- a) essere fornita di un patrimonio comune ;
- b) ottenere la preventiva asseverazione del programma da parte di quegli organismi destinati a verificare la sussistenza di tutti i requisiti del contratto di Rete e di quelli necessari a ciascheduno dei partecipanti .

Dal loro canto, le imprese partecipi devono oggettivamente destinare al patrimonio comune della Rete , o al patrimonio destinato all'affare (a mente di quanto precede), utili da accantonarsi in apposita riserva.

Quanto al "fondo patrimoniale comune" occorre ribadire che esso non costituisce un elemento essenziale del negozio, ma che, diventa tale al fine dell'ottenimento delle agevolazioni .

Difficile negare che, nella pratica, la disciplina del fondo comune attinga a piene mani dagli artt. 2614 e 2615 c.c.⁸ Le sole società per azioni , possono destinare al programma di Rete un patrimonio, ai sensi dell'art. 2447-*bis* cc. Tale destinazione , per il profilo che affatica , in realtà non crea *tout court* un patrimonio "comune" , ma lascia al patrimonio della s.p.a. il complesso dei beni, separati dagli altri beni della società costituente stessa, immutate le regole di gestione, salve le specificità di cui, appunto, agli artt. 2447-*bis* e ss. cc.

Deve condividersi, pertanto, l'opinione di chi , a questo riguardo, ha sottolineato che affinché il patrimonio destinato possa apprezzarsi come patrimonio della Rete, o come elemento patrimoniale delle rete, occorre che, accanto alle previsioni procedurali (e di pubblicità) che deve seguire la s.p.a. disponente (e segregante), vi sia anche l'esplicita previsione del contratto di Rete in ordine alla composizione del patrimonio mercé "l'apporto" di patrimoni destinati⁹.

Si è sottolineato, inoltre, che il programma di Rete deve essere preventivamente asseverato da parte di "*organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale muniti dei requisiti previsti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze*"¹⁰.

⁸ Per i complessi problemi connessi alla cosiddetta "compatibilità" , si rinvia a M. Maltoni e P. Spada, *Il contratto di rete*, cit.

⁹ Cfr. M. Maltoni e P. Spada, *Il contratto di rete*, cit.

¹⁰ Giova a tale specifico riguardo sottolineare che l'art. 3, co. 1, del Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 25 febbraio stabilisce che "*Sono abilitati a rilasciare l'asseverazione del Programma gli organismi espressi dalle Confederazioni di rappresentanza datoriale rappresentative a livello nazionale presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro ai sensi della legge 30 dicembre 1986, n. 836, espressioni di interessi generali di*

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

Dal punto di vista procedimentale, l'organo comune della Rete, o il rappresentante, deve richiedere l'asseverazione che sarà rilasciata (attestata) entro 30 giorni dalla richiesta, ed inoltre gli organismi abilitati dovranno trasmettere all'Agenzia delle Entrate i dati delle imprese aderenti a quella Rete il cui programma è stato, appunto, asseverato .

Da altro angolo visuale è necessario , poi, che le imprese aderenti alla Rete destinino una quota di utile d'esercizio al patrimonio comune (o, quando ne ricorrono i presupposti, al patrimonio destinato di cui all'articolo 2447-*bis* cc.) mediante l'accantonamento in apposita riserva.

Più precisamente, è necessaria la loro destinazione al fondo patrimoniale per la realizzazione degli investimenti previsti dal programma .

Su di un piano civilistico-contabile, non può trascurarsi il fatto che la norma fa esplicito riferimento ai soli utili di esercizio, con esclusione , quindi , del possibile utilizzo di altre voci disponibili del bilancio (o della contabilità), di guisa che non possono essere destinati, al fine di godere delle agevolazioni, altri accantonamenti che non siano qualificabili "utili di esercizio"¹¹.

A dire il vero, resta oscura la ragione di una interpretazione così rigida, almeno con riferimento, ad esempio, agli utili riportati a nuovo, considerata la medesima *ratio* ad essi riferibile .

E' altresì utile ricordare che, al fine dell'agevolazione, dal programma devono emergere, ossia devono essere concretamente individuati, gli investimenti da realizzare .

L'Agenzia delle Entrate¹² ha opportunamente chiarito che rientrano nella nozione di investimenti sia "i costi sostenuti per l'acquisto o l'utilizzo di beni (strumentali e non) e servizi, sia quelli per l'utilizzo di personale , sia i costi relativi a beni, servizi e personale messi a disposizione da parte delle imprese aderenti al contratto di rete."

3.1 In particolare la riserva da accantonamento di utili destinati al programma di "rete d'impresa"

Al fine, dunque, di ottenere l'agevolazione, l'impresa partecipe accantonerà l'utile di esercizio in apposita riserva.

Il regime agevolativo consisterà come anticipato in una "sospensione di imposta.

Il che val quanto dire che la riserva ed il correlato ammontare non concorreranno a determinare il reddito imponibile dell'impresa partecipe alla Rete .

una pluralità di categorie e territori". Le Confederazioni, quindi, devono comunicare l'elenco degli organismi all'Agenzia delle Entrate che provvede alla loro pubblicazione.

¹¹ Ciò implica, anche, che le società o le imprese in pareggio o in perdita possono concludere contratti di rete, ma senza accedere al regime agevolativo, non avendo utili d'esercizio da destinare.

¹² Cfr. Circolare n.15/E , del 14 aprile 2011, cit.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

Il regime di sospensione d'imposta cesserà nell'esercizio in cui la riserva è stata utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite.

Giova pure ricordare, sul piano puramente applicativo, che l'Agenzia delle Entrate, con provvedimento del 13 giugno 2011, ha fissato nel 75,373% la misura massima del risparmio d'imposta per l'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010 (le cui dichiarazioni sono in corso di presentazione appunto in questo 2011).

E' di tutta evidenza, pure, che l'agevolazione è anticipata rispetto all'effettiva realizzazione degli investimenti. Ancorché, a tale riguardo, sia stato utilmente chiarito che i presupposti soggettivi ed oggettivi per l'accesso e per il godimento dell'agevolazione devono sussistere al momento in cui l'agevolazione è effettivamente goduta, ossia "al momento del pagamento dell'imposta".

La destinazione della riserva va fatta con un adeguato riferimento normativo determinante l'accesso alle agevolazioni.

Deve inoltre considerarsi che gli utili accantonati che non concorrono alla formazione reddito d'impresa, non possono superare il milione di euro (per singola impresa aderente alla Rete) *"anche se aderisce a più di un contratto di rete, e per ciascun periodo d'imposta in cui è consentito l'accesso all'agevolazione"*¹³.

Il che, ovviamente, non esclude civilisticamente una destinazione d'importo superiore, ma, fiscalmente, in tutta evidenza ne limita la rilevanza.

Va in ogni caso considerato, poi, che tale agevolazione vale ai fini della tassazione dei redditi (ossia ai fini IRPEF ed IRES), ma non per l'IRAP.

Di essa si può godere al momento del versamento del saldo delle imposte riferite al periodo di imposta concernente l'esercizio cui si riferiscono gli utili accantonati.

L'agevolazione concerne il saldo delle imposte ma non gli acconti. Questi ultimi se eccedenti – in dipendenza dell'agevolazione in parola - al momento del saldo generano un credito d'imposta di cui il contribuente si avvantaggerà nei modi ordinari.

La norma prevede, tra l'altro, che gli investimenti debbano essere realizzati *"entro l'esercizio successivo"*. E' pure condivisibile che detto esercizio sia quello *"successivo a quello in cui è assunta la delibera di accantonamento degli utili dell'esercizio e non a quello di maturazione degli utili accantonati"*.

La riserva oltre che indicata con esplicito riferimento alla normativa che la autorizza deve essere opportunamente indicata nella nota integrativa. Obbligo, quest'ultimo che deve considerarsi vigente per le sole imprese partecipate obbligate alla redazione del bilancio.

Dal punto di vista strettamente applicativo vale anche ricordare che con la risoluzione n. 89/E del 12 settembre, l'Agenzia delle Entrate ha, ulteriormente, ritenuto

¹³ Cfr. Circolare n.15/E, del 14 aprile 2011, cit.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

di dover chiarire che le imprese aderenti possono godere dell'agevolazione anche nel caso in cui l'asseverazione del programma sia intervenuta dopo il 30 settembre 2011 (termine di presentazione dell'Unico) *“a condizione che la comunicazione all'organo comune per l'esecuzione del contratto della rete, ovvero al rappresentante comune avvenga entro il 31 dicembre 2011.”*

Il che vale quanto dire che le imprese aderenti che abbiano effettuato l'accantonamento ad apposita riserva di una quota degli utili di esercizio 2010 da destinare al fondo patrimoniale comune entro il termine per il versamento del saldo delle imposte sui redditi, e che abbiano stipulato il contratto di rete (oltre che all'onere pubblicitario) entro il 30 settembre 2011, possono invocare l'agevolazione in Unico 2011 e procedere, così, al recupero del saldo versato in eccedenza mediante compensazione con il primo versamento utile da effettuare a partire dal 1° ottobre, purché esse comunichino all'organo comune ovvero al rappresentante della rete entro il 31 dicembre 2011 l'avvenuta asseverazione del programma da parte dei competenti organi.

L'agevolazione cessa se gli utili accantonati nell'apposita riserva vengono utilizzati per fini diversi dalla copertura perdite. Ne deriva che trattasi di norma istitutiva di una riserva in “sospensione d'imposta” che dura nel termine previsto dalla legge fino a quando siano realizzati gli investimenti di cui al programma di Rete al quale l'impresa abbia aderito.

Completato il programma, *“il regime di sospensione di imposta permane fino all'esercizio in cui la riserva appositamente formata è utilizzata “per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio”.*

Questo, per l'appunto, l'aspetto più significativo, sul piano civilistico-contabile, della disposizione in esame.

Esso consente di affermare, in perfetta coerenza con il sistema delle “riserve in sospensione” che la riserva *de qua* è autentica riserva, ed è quindi utilizzabile ad ogni scopo, ivi compreso la copertura delle perdite.

Tale utilizzo, tuttavia, non sospende l'agevolazione, né obbliga, nel silenzio della legge alla sua ricostituzione. Dal tenore della norma neppure si possono escludere altri utilizzi, solo che, in generale, ogni altro utilizzo determinerebbe la cessazione del regime di sospensione.

Resterebbe da comprendere se l'utilizzo al fine dell'aumento del capitale sociale della riserva determini la cessazione del regime di sospensione, considerato che tale destinazione non sembra in alcun modo preclusa.

La conclusione sembra deporre nel senso che l'utilizzo al fine dell'aumento determini la cessazione dell'agevolazione: se da un lato, infatti, il vincolo di destinazione all'attività d'impresa risulterebbe rafforzato dall'imputazione a capitale della riserva al vaglio, d'altra parte esso diventerebbe generico rispetto alla specifica

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

previsione normativa che esige, al contrario, che la riserva debba avere un vincolo “*al fondo patrimoniale per la realizzazione degli investimenti*” (della Rete). L'imputazione a capitale, quindi, determina la cessazione dell'agevolazione.

4. L'inquadramento della riserva da partecipazione a Rete d'impresa tra le riserve in sospensione d'imposta

Risulta chiaro che la riserva derivante dal conseguimento dell'agevolazione “da Rete” si inquadra perfettamente nel tendenziale disinquinamento fiscale voluto dal legislatore, al fine di eliminare interferenze tra contenuto cosiddetto civilistico del bilancio e normativa fiscale.

La tendenza in questione, peraltro, risulta dall'eliminazione del secondo comma della previgente formulazione dell'art. 2426 c.c., e, più specificatamente, dall'integrale riformulazione del punto 14 dell'art. 2427 c.c., che impone che la nota integrativa contenga un prospetto dal quale risulti la descrizione delle differenze temporanee che determinano la rilevazione di imposte differite ed anticipate.

In questo quadro si inserisce, accanto alle riserve in sospensione, anche la cd. “riserva tassata”, la cui genesi è da individuare nella legge 823\1973 che prevedeva la possibilità di iscrivere a bilancio una riserva “*tassata fino alla concorrenza della differenza tra ammontare complessivo degli imponibili definiti con condono e l'ammontare degli imponibili dichiarati*”.

La riserva in esame, detta anche “*da condono*”, era, al pari di quelle in sospensione di imposta, vera riserva, costituita con utili coperti da un condono fiscale e quindi non più suscettibili di “*modifiche fiscali*”.

Pertanto, trattandosi di vera riserva, si riteneva che la sua disciplina fosse quella delle comuni riserve di bilancio: libera distribuibilità e utilizzabilità al fine della copertura delle perdite e dell'aumento gratuito di capitale sociale¹⁴.

Vale la pena solo ricordare, a tale riguardo, che si leggono ancor oggi, nei bilanci, riserve da condono, tra cui, in particolare, quelle formate in applicazione dell'art. 15 del d. l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito dalla legge 7 agosto 1982, n. 516, e dell'art. 33, co. 9, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, ovvero quelle di cui all'art. 14 (“*Regolarizzazione delle scritture contabili*”) della legge 27 dicembre 2002, n. 289¹⁵.

¹⁴ B. Quatraro - R. Israel - S. D'Amora - G. Quatraro, *Trattato economico-pratico delle operazioni sul capitale*, II ediz., tomo I, Milano 2001, 573.

¹⁵ In relazione alle quali, si ricorda, che la Legge 30 dicembre 2004, n. 311, articolo 1, ai commi da 473 a 478 ha previsto la possibilità di affrancare, con il pagamento di un'imposta sostitutiva dell'IRPEF, dell'IRES e dell'IRAP, sia le dette riserve, che i fondi in regime di sospensione d'imposta, nonché i saldi attivi di rivalutazione, costituiti ai sensi di precedenti leggi di

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

Occorre anche rammentare che si definiscono “riserve o riprese” tassate le rettifiche da effettuarsi in bilancio, di seguito a correzioni apportate dall'amministrazione finanziaria a poste attive o passive: si pensi ad una voce dell'attivo giudicata dall'amministrazione finanziaria sottovalutata, o ad un passivo considerato eccessivo¹⁶. In tali casi, occorrerà iscrivere all'attivo la posta al valore rettificato ed al passivo un fondo pari al valore di rettifica a denominarsi riserva tassata.

Come già indicato da autorevole dottrina¹⁷, la natura delle riserve al vaglio varia secondo il tipo di ripresa: se la rettifica dell'amministrazione non è conforme ai principi civilistici¹⁸, la ripresa determina, in realtà, una mera posta rettificativa che dovrà trattarsi in quanto tale. Ove, al contrario, la ripresa imponga di considerare un autentico valore patrimoniale (si pensi ad un ammortamento assolutamente eccessivo) è allora evidente che essa imponga la costituzione di un'autentica riserva che, in quanto tale, potrà distribuirsi, o imputarsi a capitale o assorbire perdite, al pari delle altre riserve e conformemente alle regole relative.

In conclusione, le riserve rinvenienti da partecipazione a Reti d'impresa sono autentiche poste di netto agevolate per come qui indicato.

Le stesse rispondono pienamente alle esigenze della composizione del netto patrimoniale, laddove di netto in senso proprio, per le molte cose chiarite, si possa parlare; ossia di autentiche poste utili alle tradizionali operazioni sul capitale sociale (aumenti e/o riduzioni).

Per l'aspetto al vaglio, è utile sottolineare la loro contiguità, in termini di disciplina, alle riserve in sospensione d'imposta nella fusione: ai sensi del 5° comma dell'articolo 172 T.U.I.R. (D.P.R. del 22 dicembre 1986, n. 917) infatti “*Le riserve in sospensione di imposta, iscritte nell'ultimo bilancio delle società fuse o incorporate concorrono a formare il reddito della società risultante dalla fusione o incorporante se e nella misura in cui non siano state ricostituite nel suo bilancio prioritariamente utilizzando l'eventuale avanzo da fusione. Questa disposizione non si applica per le riserve tassabili solo in caso di distribuzione le quali, se e nel limite in cui vi sia avanzo di fusione o aumento di capitale per un ammontare superiore al capitale complessivo delle società partecipanti alla fusione al netto delle quote del capitale di ciascuna di esse già possedute dalla stessa o da altre, concorrono a formare il reddito della società*

rivalutazione. Sul punto, cfr. Circolare Ministero dell'Economia e Finanze del 15/07/2005 n. 33/E.

¹⁶ B. Quatraro - R. Israel - S. D'Amora - G. Quatraro, *Trattato economico-pratico delle operazioni sul capitale*, cit., 584.

¹⁷ G. E. Colombo, *Il bilancio e le operazioni sul capitale*, in *Aumenti e riduzioni di capitale*, a cura del Comitato Regionale Notarile Lombardo, 1985, 850 ss.

¹⁸ Si faceva l'esempio di un credito correttamente svalutato sul piano civilistico perché il debitore era fallito, ma eccessivamente svalutato sul piano fiscale.

STUDI E OPINIONI

(Gli strumenti agevolativi delle imprese)

risultante dalla fusione o incorporante in caso di distribuzione dell'avanzo o di distribuzione del capitale ai soci; quelle che anteriormente alla fusione sono state imputate al capitale delle società fuse o incorporate si intendono trasferite nel capitale della società risultante dalla fusione o incorporante e concorrono a formarne il reddito in caso di riduzione del capitale per esuberanza.”.

Per quanto qui all'evidenza, non può non considerarsi che l'avanzo da fusione deve utilizzarsi per ricomporre le riserve in sospensione d'imposta iscritte nel bilancio della società incorporata o delle società fuse, e, ove ciò non sia possibile, il loro ammontare concorre a formare il reddito dell'incorporante o della newco .

Qui dovrebbe approfondirsi quanto l'avanzo da fusione sia utile alla formazione di voci da netto reale, come pare a chi scrive, e, come tale circostanza, possa congruamente raccordarsi con il sistema della continuità dei valori contabili di cui al disposto del numero 6 dell'art. 2423-bis c.c., ma questa è opzione di studio estranea agli scopi del presente lavoro .

IL CONTRATTO D'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA*

L'attenzione della giurisprudenza e anche della dottrina negli ultimi anni è stata soprattutto per gli effetti della violazione delle norme di comportamento cui sono tenuti gli intermediari finanziari. Vi è stata invece poca attenzione sulle caratteristiche del contratto d'intermediazione finanziaria, in connessione al quale sorgono poi le controversie. In questo lavoro si esaminano le caratteristiche essenziali di tale contratto quali risultati da legge e regolamento. Particolare attenzione deve essere data al requisito di forma scritta, che risulta prescritto sia dalla legge sia dal regolamento. Frequentemente è proprio la violazione di tale prescrizione a rilevare nelle azioni in giudizio intentate dagli investitori. Per gli ordini attuativi del contratto d'intermediazione finanziaria il contratto può invece prevedere forme meno stringenti. La disciplina legislativa e regolamentare in materia di contratto d'intermediazione finanziaria è corredata da una serie di ulteriori disposizioni che toccano aspetti diversi: viene statuita la nullità della pattuizione che rinvia agli usi per la determinazione del corrispettivo e si chiarisce che la nullità per difetto di forma e per rinvio agli usi è relativa. Completano la normativa disposizioni sui contratti derivati e sull'onere della prova, senza dimenticare la questione del contenuto minimo dei contratti.

di VALERIO SANGIOVANNI

1. Introduzione

La tematica dei contratti d'intermediazione finanziaria ha assunto, negli ultimi anni, grande rilevanza pratica. Si è difatti recentemente assistito (e si continua ad assistere) a un contenzioso senza precedenti fra risparmiatori e banche e le liti traggono origine proprio da tali contratti.

Uno dei casi più eclatanti, a livello internazionale, è quello che ha visto come protagonista lo Stato argentino, che non è stato in grado di onorare alcune emissioni obbligazionarie. Significative ripercussioni di tale vicenda si sono avute anche in Italia, dal momento che numerosi risparmiatori italiani hanno sottoscritto le obbligazioni argentine. Nel contesto italiano¹, hanno colpito molti investitori le difficoltà finanziarie

*Testo, rivisto e integrato con le note, della relazione presentata al corso “*La mediazione nei contratti assicurativi, bancari e finanziari*”, organizzato dall'Istituto Guglielmo Tagliacarne di Roma, tenutosi presso la Camera di commercio di Crotone, il 26 settembre 2011.

¹ Si noti tuttavia che le emissioni obbligazionarie di Cirio e Parmalat sono avvenute mediante veicoli stranieri, ponendosi così problemi di diritto internazionale privato nonché di diritto comunitario. Per un'analisi della problematica sotto questo profilo cfr. CARBONE, *Leggi*

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

di Cirio e Parmalat. Più recentemente è salito all'attenzione della cronaca il caso dei contratti derivati, sottoscritti da imprese e anche da enti pubblici. E, da ultimo, sono intervenute le prime decisioni giurisprudenziali in connessione con l'insolvenza di Lehman Brothers².

Gli investitori che incorrono in simili eventi d'insolvenza cercano di recuperare i danari originariamente investiti e, per ottenere questo risultato, si possono percorrere due strade principali: chiedere l'ammissione al passivo (peraltro con la prospettiva di essere rimborsati solo in parte, talvolta in misura del tutto marginale) oppure agire in giudizio nei confronti dell'intermediario finanziario che ha venduto gli strumenti finanziari³. L'azione verso la banca costituisce la via preferita da un buon numero di

regolatrici e circolazione in Italia di obbligazioni estere, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 419 ss.; SANGIOVANNI, *Emissioni di obbligazioni e scandali finanziari fra diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Società*, 2007, 547 ss.

² Sul recente caso Lehman Brothers v. BENCINI, *Il caso Lehman Brothers: cause di default e prospettive di tutela*, in *Foro tosc.*, 2009, 129 ss.; FANTETTI, *Titoli Lehman Brothers e responsabilità della banca*, in *Resp. civ.*, 2010, 273 ss.; GOBIO CASALI, *Polizze linked e caso Lehman Brothers: tramonto della funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita?*, in *Giur. it.*, 2010, 2349 ss.; A. GRECO, *Violazione del principio di buona fede e tutela dei sottoscrittori di polizze vita index linked*, in *Obbl. contr.*, 2010, 584 ss.; PARRELLA, *La ripartizione del rischio finanziario nelle polizze index linked: un caso Lehman Brothers*, in *Società*, 2010, 459 ss.; SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 491 ss.; SANGIOVANNI, *Inadempimento contrattuale e responsabilità nel caso Lehman Brothers*, in *Corr. mer.*, 2010, 721 ss.; SANGIOVANNI, *Obbligazioni Lehman Brothers e tutele degli investitori*, in *Contratti*, 2010, 221 ss.

³ In questo secondo caso viene fatta valere la responsabilità degli intermediari finanziari. Sul punto cfr., sotto diversi profili, BERTOLINI, *Risparmio tradito: una riflessione tra teoria generale del contratto e disciplina dei mercati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 337 ss.; GUADAGNO, *Mancato adeguamento del contratto quadro tra "nullità sopravvenuta parziale" e inefficacia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 610 ss.; LIACE, *La gestione patrimoniale e le operazioni eseguite con finanziamento c.d. temporaneo*, in *Giur. it.*, 2010, 1842 ss.; LUISE, *Il dovere di correttezza dell'intermediario finanziario*, in *Obbl. contr.*, 2010, 696 ss.; LUCANTONI, *L'inadempimento di "non scarsa importanza" nell'esecuzione del contratto c.d. quadro tra teoria generale della risoluzione e statuto normativo dei servizi di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 783 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *In tema di responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ., prev.*, 2011, 741 ss.; MAZZINI, *Emissioni obbligazionarie delle società del gruppo Cirio e responsabilità concorrente delle banche lead manager del collocamento*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2010, 487 ss.; PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori. Less is more*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 537 ss.; SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 356 ss.; SERRAO D'AQUINO, *Aspetti controversi del contenzioso sui prodotti della finanza strutturata*, in *Giur. mer.*, 2010, 3206 ss.; VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl.*

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

clienti: essa offre difatti il vantaggio, rispetto alla domanda di ammissione al passivo, di prendersela con un soggetto finanziariamente capiente e che è dunque in grado - se soccombente - di ristorare adeguatamente l'investitore.

L'azione in giudizio deve peraltro, ovviamente, essere fondata al fine di essere accolta e gli attori devono pertanto identificare un qualche inadempimento per ottenere la condanna dell'intermediario finanziario. In un elevato numero di casi la fonte della responsabilità delle banche è l'inosservanza delle norme di comportamento (art. 21 t.u.f.) che esse sono tenute a rispettare nella prestazione dei servizi d'investimento. Le principali regole di condotta sono il dovere d'informare i clienti⁴, il dovere di compiere

contr., 2008, 104 ss.; VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. contr.*, 2007, 785 ss.; ZANARDO, *La violazione degli obblighi di comportamento a carico degli intermediari nella prestazione di servizi di investimento: una questione ancora aperta?*, in *Resp. civ.*, 2011, 25 ss.

⁴ In tema di dovere informativo degli intermediari finanziari cfr. la recente monografia di F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010. V. inoltre ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terz.*, 2009, 395 ss.; BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2333; R. BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 391 ss.; FRUMENTO, *Le informazioni fornite ai clienti*, in *La Mifid in Italia*, a cura di Zitiello, Torino, 2009, 279 ss.; GOBIO CASALI, *Prodotti assicurativi finanziari: disciplina normativa, qualificazione giuridica e tutela informativa del risparmiatore*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 301 ss.; F. GRECO, *Intermediazione finanziaria e regole d'informazione: la disomogeneità del quadro rimediabile e la "tranquillità" della tradizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2561 ss.; F. GRECO, *Obbligazioni Cirio e violazione dell'obbligo di informazione: un ulteriore tassello sul tavolo della roulette della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 428 ss.; MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1280 ss.; MUSCO CARBONARO e PANTALEO, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti - Gli obblighi informativi*, in *La Mifid*, cit., 917 ss.; NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, 67 ss.; PURPURA, *Strumenti finanziari e dovere di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto con la normativa post Mifid*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 609 ss.; ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 647 ss.; SANGIOVANNI, *Omessa informazione sulla rischiosità dell'investimento e risoluzione del contratto*, in *Corr. mer.*, 2009, 973 ss.; SARTORI, *Violazione delle regole informative e modelli di responsabilità*, in *L'attuazione della Mifid in Italia*, a cura di D'Apice, Bologna, 2010, 615 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

solo operazioni adeguate (o, nel nuovo regime, almeno appropriate)⁵, e il dovere di evitare o quantomeno gestire i conflitti d'interessi⁶.

L'attenzione di giurisprudenza e dottrina è peraltro concentrata quasi esclusivamente sulla «patologia» del contratto e non sulle sue caratteristiche «fisiologiche» di forma e contenuto. In questo lavoro analizzeremo gli elementi caratterizzanti il contratto d'intermediazione finanziaria.

Al riguardo è utile da subito evidenziare che la disciplina dei rapporti contrattuali fra le imprese d'investimento e i loro clienti è di origine comunitaria (due sono i provvedimenti europei di maggior rilievo in questo contesto: la dir. n. 39/2004 e la dir. n. 73/2006). Inoltre va segnalare la particolarità per cui, nel nostro ordinamento, la materia dei contratti d'intermediazione finanziaria è regolata in due testi normativi, l'uno di carattere legislativo, l'altro di carattere regolamentare. A livello legislativo la disposizione di riferimento è l'art. 23 t.u.f. In aggiunta al dato legislativo vi è, poi, la prospettiva regolamentare della disciplina. Il reg. Consob n. 11522/1998 è stato sostituito con il vigente reg. Consob n. 16190/2007⁷. È sull'art. 37 di quest'ultimo

⁵ In materia di regola di adeguatezza cfr. ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 728 ss.; FIORIO, *Onere della prova, nesso di causalità ed operazioni non adeguate*, in *Giur. it.*, 2010, 343 ss.; F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi e adeguatezza in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2556 ss.; GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 460 ss.; MALERBA e BENTOGGIO, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti – I profili di adeguatezza e appropriatezza*, in *La Mifid*, cit., 939 ss.; SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, in *Corr. giur.*, 2010, 1385 ss.; SANGIOVANNI, *Informazione sull'adeguatezza dell'operazione finanziaria e dovere di astenersi*, in *Corr. giur.*, 2009, 1257 ss.; SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediari e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli e Lener, Torino, 2011, 1° vol., 281 ss.; SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 25 ss.; SPREAFICO e PENNATI, *L'adeguatezza e l'appropriatezza*, in *La Mifid*, cit., 327 ss.

⁶ Sul conflitto d'interessi nella materia dell'intermediazione finanziaria cfr. MAFFEIS, *Sostanza e rigore nella giurisprudenza ambrosiana del conflitto di interessi*, in *Corr. giur.*, 2009, 984 ss.; MARIANI e ZANINI, *Impatto della Mifid sul contenzioso tra banche e clienti – Il conflitto di interessi*, in *La Mifid*, cit., 957 ss.; MOCCI, *Il conflitto di interessi: mappatura dei conflitti, costruzione della conflict policy, registro dei conflitti di interessi*, in *La Mifid*, cit., 170 ss.; LENER, *Conflitti di interesse fra intermediario e cliente*, in *I contratti*, cit., 313 ss.

⁷ Sui nuovi regolamenti della Consob cfr. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta “flessibili” per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. mer.*, 2008, 628 ss.; RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008, 12 ss.; ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 485 ss.; SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva Mifid*, in

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

regolamento (articolo rubricato, appunto, «contratti») che si concentrerà la nostra analisi.

Iniziando con l'accennare al profilo soggettivo (cioè alle parti del contratto d'intermediazione finanziaria), si deve rilevare che una di esse deve essere necessariamente un c.d. «soggetto abilitato»⁸. L'altra parte del contratto può invece essere, senza che sussistano particolari limitazioni, una persona fisica (ciò avviene tipicamente nel caso di ordinari investimenti) oppure una persona giuridica (ciò avviene tipicamente nel caso dei contratti derivati a copertura di preesistenti indebitamenti).

Per il resto la disposizione-cardine in materia di contratti fra intermediari finanziari e clienti è l'art. 23. t.u.f., il quale detta regole del tutto eterogenee che però – nel loro complesso – costituiscono lo statuto legale del «contratto di intermediazione finanziaria».

2. Il requisito di forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria e la consegna di un esemplare (art. 23, 1° co., t.u.f.)

La prima disposizione dettata dal legislatore ha a che fare con la forma del contratto d'intermediazione finanziaria: secondo l'art. 23, 1° co., t.u.f. «i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti ... Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo»⁹.

Questa disposizione di legge aiuta anzitutto a denominare correttamente il contratto di cui ci stiamo occupando. Il contratto può essere denominato «contratto

Giur. it., 2008, 785 ss.

⁸ La nozione di soggetto abilitato è fornita direttamente dalla legge, intendendosi con tale espressione «le SIM, le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le SGR, le società di gestione armonizzate, le SICAV nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario e le banche italiane, le banche comunitarie con succursale in Italia e le banche extracomunitarie, autorizzate all'esercizio dei servizi o delle attività di investimento» (art. 1, 1° co., lett. r, t.u.f.).

⁹ Sul requisito di forma scritta che devono necessariamente presentare i contratti d'intermediazione finanziaria cfr. la recente monografia di SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010. V. inoltre BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 161 ss.; PACE, *Gli ordini di borsa tra forma e mera archiviazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 118 ss.; SANGIOVANNI, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*, in *Corr. mer.*, 2011, 139 ss.; SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e "nullità sopravvenuta"*, in *Contratti*, 2008, 653 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

relativo alla prestazione dei servizi di investimento» (si tratta dell'espressione letterale della legge) oppure «contratto di intermediazione finanziaria». Pare invece meno appropriato il termine, peraltro piuttosto diffuso nella prassi, di «contratto di investimento». Difatti gli investimenti sono atti separati e successivi rispetto al contratto-quadro con cui si fonda il rapporto fra l'intermediario finanziario e il cliente: si tratta delle singole operazioni con cui vengono compravenduti gli strumenti finanziari. A un unico contratto d'intermediazione finanziaria possono far seguito uno o più investimenti. Ma fra il contratto-quadro e le successive operazioni d'investimento sussistono profonde diversità, sia con riferimento alla forma del contratto (solo nel caso del contratto è prescritta necessariamente la forma scritta a pena di nullità) sia con riferimento al contenuto del medesimo (solo nel caso del contratto è prescritto un contenuto minimo).

L'art. 23, 1° co., 1° periodo, t.u.f. statuisce due obblighi: il requisito della forma scritta per i contratti d'intermediazione finanziaria e la necessità di consegnare un esemplare al cliente.

La forma dei contratti d'intermediazione finanziaria è disciplinata in parte a livello legislativo in parte a livello regolamentare¹⁰. Sia l'art. 23, 1° co., t.u.f. sia l'art. 37, 1° co., reg. n. 16190/2007 fanno riferimento, al fine di formulare un'eccezione al requisito di forma scritta, al servizio di «consulenza in materia di investimenti»¹¹. Secondo la definizione legislativa per consulenza in materia di investimenti si intende la prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative a un determinato strumento finanziario (art. 1, co. 5-*septies*, t.u.f.). Per questo tipo contrattuale non è richiesta la forma scritta. In assenza di un obbligo legislativo di forma scritta, il rapporto contrattuale potrebbe dunque essere fondato solo oralmente. Questa possibilità è stata peraltro oggetto di critiche in dottrina, anche perché non appaiono ben chiare le ragioni che hanno spinto il legislatore a fare un'eccezione per il servizio di consulenza. Si noti tuttavia che il fatto che il requisito di forma non sia richiesto per la

¹⁰ A livello regolamentare l'art. 37, 1° co., reg. n. 16190/2007 stabilisce che «gli intermediari forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto».

¹¹ Sulla nuova disciplina della consulenza finanziaria cfr. ANNUNZIATA, *Il nuovo regolamento Consob sui consulenti finanziari (artt. 18 bis e 18 ter TUF)*, in *Corr. giur.*, 2010, 285 ss.; PARACAMPO, *Le società di consulenza finanziaria: una disciplina in itinere*, in *Società*, 2009, 1459 ss.; SANGIOVANNI, *Aspetti contrattuali della nuova consulenza finanziaria*, in *Contratti*, 2010, 175 ss.; SANGIOVANNI, *Le nuovissime norme di comportamento (e la responsabilità civile) dei consulenti finanziari*, in *Danno e resp.*, 2010, 545 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Il servizio di "consulenza in materia di investimenti": profili ricostruttivi di una nuova fattispecie*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, 383 ss.; ZITIELLO, *La consulenza in materia di investimenti*, in *La Mifid*, cit., 433 ss.; ZITIELLO, *I consulenti finanziari*, in *La Mifid*, cit., 473 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

validità dell'atto non impedisce alle parti di dotarsi – anche nel contesto della consulenza - di un contratto scritto: soprattutto nei casi in cui la consulenza è destinata a durare a lungo nel tempo, è opportuno stipulare un contratto scritto, nonostante la legge non lo imponga.

Atteso che la legge esige, di norma, la forma scritta dei contratti d'intermediazione finanziaria, è opportuno riflettere sulle funzioni di tale requisito.

La forma scritta serve anzitutto alla trasmissione d'informazioni. Dal momento che il contratto viene comunemente predisposto dall'intermediario finanziario (il quale deve anche assicurare che esso abbia il contenuto minimo stabilito dall'art. 37 reg. n. 16190/2007), la finalità informativa si esplica nella direzione banca-cliente. Del resto è ragionevole che ciò avvenga, considerato che il risparmiatore è la parte debole del rapporto contrattuale, sia dal punto di vista economico sia dal punto di vista della competenza in materia. Bisogna però dire che la funzione informativa che il contratto d'intermediazione finanziaria può svolgere è tutto sommato limitata, in quanto tale contratto non incide direttamente sul patrimonio dell'investitore. Molto più importante è l'informazione *ad hoc* che deve accompagnare i singoli investimenti (ad esempio le informazioni sull'emittente, sugli strumenti finanziari compravenduti e sui rischi che l'operazione comporta): sono difatti le operazioni poste in essere in attuazione del contratto-quadro a movimentare il portafoglio dell'investitore (e non il *master agreement*, neutrale dal punto di vista dell'impatto patrimoniale).

Un'ulteriore funzione del requisito di forma scritta è quella di consentire alle parti di riflettere anticipatamente sul significato dell'atto che si sta per compiere: mettere nero su bianco significa concentrarsi prima della firma sulle condizioni che regoleranno il rapporto. A questo fine l'apposizione della sottoscrizione dovrebbe essere preceduta da un'attenta lettura del testo contrattuale. Bisognerebbe pertanto, idealmente, lasciare trascorrere un certo periodo di tempo fra la consegna della bozza del contratto e la firma del medesimo¹². Nella prassi capita, in realtà, non raramente che gli investitori si limitino a farsi spiegare velocemente i termini essenziali del rapporto per poi firmare un lungo articolato, senza avere realmente preso conoscenza di tutte le condizioni che regoleranno la relazione. Diversi fattori spingono in questa direzione: ad esempio la difficoltà di leggere per intero un testo contrattuale dettagliato e tecnico unitamente a una tendenziale sottovalutazione, da parte dell'investitore, dell'importanza di una preventiva e completa informazione.

¹² In questo senso pare esemplare la disposizione contenuta nell'art. 4, 1° co., l. n. 129/2004 (in materia di affiliazione commerciale) secondo cui almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere. In questo modo (con la consegna anticipata del testo contrattuale e lasciando un termine di riflessione) si consente alla controparte di prestare un consenso realmente informato.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Teoricamente la previsione della forma scritta del contratto dovrebbe anche facilitare le negoziazioni del contenuto del medesimo. Una volta ricevuta la prima bozza predisposta dall'intermediario finanziario, l'investitore può proporre cambiamenti nel suo interesse. Nella prassi è tuttavia improbabile che ciò avvenga. Bisogna difatti considerare che il contratto d'intermediazione finanziaria è, nella quasi totalità dei casi, predisposto dall'intermediario; esso è predisposto accuratamente a vantaggio della banca (nei limiti consentiti dalle disposizioni imperative) e, alla fine, solamente firmato per accettazione dal cliente. Non esistono margini realistici per una negoziazione dei contenuti del contratto, vuoi perché l'investitore non dispone delle capacità tecniche per negoziare il contratto vuoi perché l'intermediario tenderà a opporsi a qualsiasi proposta di modifica. Per tacere del fatto che la banca, che ha predisposto a proprio vantaggio il contratto, non ha alcun interesse a discuterne le clausole con la controparte.

Un'ulteriore funzione della prescrizione di legge della forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria è quella di prevenire controversie fra i contraenti. Se l'assetto contrattuale è pre-determinato per iscritto, si assicura certezza e si riduce il rischio di successive divergenze fra le parti. Si può così, almeno in alcuni casi, evitare di dar corso a controversie giudiziarie, con tutti gli effetti negativi che esse comportano.

Sotto un ultimo profilo la forma scritta richiesta per il contratto d'intermediazione finanziaria può risultare utile a fini probatori. Nel caso in cui nascano contestazioni fra le parti, il fatto di avere un testo scritto consente di ricostruire quelle che sono state le pattuizioni fra i contraenti. La forma scritta può dunque giocare un ruolo importante *ex post*, se sorgono dissidi. Ecco allora che - contratto alla mano - si può chiedere il rispetto di certe clausole che vi erano state inserite (tali clausole saranno peraltro, come detto, normalmente favorevoli all'intermediario che ha predisposto il contratto) oppure si può contestare la validità di determinate pattuizioni.

Si dibatte in giurisprudenza se il requisito della forma scritta significhi solo che il contratto debba essere redatto in forma scritta (fermo restando il suo contenuto minimo prescritto dall'art. 37, 2° co., reg. n. 16190/2007) oppure anche che esso debba essere sottoscritto da ambedue le parti.

Pare opportuno distinguere fra il caso grave del contratto che manca della firma di ambedue le parti dall'ipotesi, più lieve, del testo contrattuale che manca della sottoscrizione di uno solo dei contraenti. In una fattispecie affrontata dal Tribunale di Ancona, il contratto non era stato sottoscritto né dall'intermediario finanziario né dall'investitore¹³. L'autorità giudiziaria anconetana ritiene che tale contratto sia nullo ai sensi dell'art. 23, 1° co., t.u.f. Del resto, in assenza di sottoscrizione del contratto-quadro, manca non solo la forma richiesta dalla legge, ma addirittura l'espressione del consenso delle parti.

¹³ Trib. Ancona, 18.2.2009, in *Giur. it.*, 2009, 1681 ss., con nota di Sangiovanni.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Il caso del contratto privo di ogni sottoscrizione si può considerare un'ipotesi-limite; il problema che ha maggiore rilievo pratico si pone invece quando il contratto scritto è stato firmato da una sola delle parti: a seconda dei casi manca la sottoscrizione dell'intermediario finanziario oppure quella del cliente. Al riguardo le posizioni giurisprudenziali non sono univoche. Secondo un orientamento espresso dal Tribunale di Torino in un caso in cui il contratto non era stato sottoscritto dalla banca, la sottoscrizione non sarebbe necessaria in quanto la produzione in giudizio della scrittura non firmata ha effetto equivalente alla sottoscrizione, a meno che la parte non abbia nel frattempo revocato il consenso¹⁴. Secondo invece un altro orientamento, espresso dal Tribunale di Rimini, la mancata sottoscrizione - da parte della banca - del contratto d'intermediazione finanziaria determina la nullità di tale contratto ai sensi dell'art. 23 t.u.f., senza che sia possibile una successiva ratifica o sanatoria del medesimo¹⁵.

Con riferimento alle conseguenze dell'inosservanza del requisito di forma, la legge è molto chiara, statuendo che si tratta di una nullità. Secondo la regola generale dell'art. 1325 c.c. la forma costituisce requisito del contratto quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità (art. 1325 c.c.). L'art. 23 t.u.f. è una disposizione di legge che prevede che una certa forma è prescritta a pena di nullità. La forma è dunque requisito essenziale del contratto d'intermediazione finanziaria. L'art. 1418, 2° co., c.c. specifica che produce nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c.

Gli effetti della nullità, derivante dall'assenza di forma del contratto d'intermediazione finanziaria, sono particolarmente gravosi. Se il contratto è nullo, chi ha prestato qualcosa in base a esso ha diritto a ottenerne la restituzione: trova applicazione l'art. 2033 c.c., secondo il quale chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Per questa ragione gli investitori che citano in giudizio gli intermediari finanziari cercano spesso di far valere la nullità del contratto per difetto di forma potendosi così il processo concludere velocemente a favore del risparmiatore, senza necessità di dover andare a esaminare in dettaglio se siano state o meno rispettate le singole norme di comportamento.

In relazione, infine, all'obbligo di consegnare un esemplare del contratto d'intermediazione finanziaria al cliente, si discute se sia sufficiente consegnare al medesimo una fotocopia del contratto oppure se sia necessario predisporre due originali. La legge si avvale del termine «esemplare» e non del termine «copia». Questo elemento testuale induce a ritenere che sia necessario predisporre due esemplari originali del contratto, uno dei quali rimane all'intermediario finanziario, mentre l'altro viene consegnato al cliente.

¹⁴ Trib. Torino, 23.11.2009, in *Giur. it.*, 2010, 601 ss., con nota di Cottino.

¹⁵ Trib. Rimini, 12.10.2010, in *Corr. mer.*, 2011, 139 ss., con nota di Sangiovanni.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

3. La forma degli ordini attuativi del contratto di intermediazione

Abbiamo visto come la legge stabilisca espressamente che il contratto d'intermediazione finanziaria vada predisposto per iscritto (art. 23, 1° co., t.u.f.).

A tale contratto fanno però seguito una o più operazioni di compravendita di strumenti finanziari. Si pone allora la questione se per queste attività attuative del contratto-quadro, che possono collocarsi nella immediatezza della conclusione del *master agreement* o anche a lunga distanza di tempo, occorra rispettare determinati requisiti di forma.

L'esame delle disposizioni regolamentari evidenzia come vi sia un trattamento differenziato fra il contratto d'intermediazione finanziaria e le operazioni di esecuzione del medesimo. Se è vero che il regolamento intermediari ribadisce che gli intermediari forniscono i propri servizi d'investimento, diversi dalla consulenza, sulla base di un apposito contratto scritto (art. 37, 1° co., reg. n. 16190/2007), viene tuttavia specificato che il contratto indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini (art. 37, 2° co., lett. c, reg. n. 16190/2007). Il contratto d'intermediazione finanziaria dispone, al riguardo, di margini di libertà. Può essere prevista la forma scritta per gli ordini, ma può essere stabilita anche una forma diversa. Il meccanismo, nel suo complesso, prevede dunque: rigidità formale per il contratto d'intermediazione finanziaria, maggiore flessibilità per quanto riguarda gli ordini. I mercati finanziari, con il requisito dello scritto per i singoli ordini, tenderebbero a perdere in velocità: il compimento delle operazioni richiederebbe più tempo. È stato così creato un meccanismo su due livelli: il primo è quello del contratto d'intermediazione finanziaria, per il quale è richiesta la forma scritta a pena di nullità; il secondo è quello delle operazioni che danno esecuzione al contratto-quadro. Per queste transazioni non è necessario lo scritto, per evitare rallentamenti all'operatività. Dal punto di vista delle esigenze di tutela dell'investitore si può tuttavia evidenziare una situazione paradossale. La forma scritta è difatti richiesta per il contratto d'intermediazione finanziaria, il quale in sé non produce alcun effetto sul patrimonio dell'investitore. Tale requisito non è invece necessariamente prescritto per i singoli investimenti, che sono – però - proprio le operazioni più delicate, in quanto incidono sul patrimonio dell'investitore.

Consentire alle parti di regolare lo svolgimento delle operazioni finanziarie solo sulla base d'indicazioni orali è tuttavia apparso al regolatore eccessivamente rischioso. Allo scopo di garantire facilità di prova si è allora previsto che gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori vengano registrati¹⁶.

¹⁶ Più precisamente, secondo l'art. 57 reg. n. 16190/2007 «gli intermediari registrano su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dai clienti e mantengono evidenza degli ordini inoltrati elettronicamente dai clienti».

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono prevedere la forma scritta per gli ordini. In questo caso ricorre una forma convenzionale, che si presume voluta per la validità (art. 1352 c.c.)¹⁷.

In questo contesto un problema delicato si pone quando il contratto d'intermediazione finanziaria, in violazione di quanto prescrive l'art. 37, 2° co., lett. c, reg. n. 16190/2007, omette di indicare come debbano essere impartiti gli ordini. Probabilmente in un caso del genere esistono i margini per sostenere che anche gli ordini devono essere impartiti per iscritto necessariamente (cioè a pena di nullità). In questo senso si è espresso, seppure con riferimento al previgente reg. n. 11522/1998 (ma, sul punto, il regolamento previgente e quello attuale coincidono), il Tribunale di Ravenna¹⁸. Questa autorità giudiziaria parte dalla considerazione che l'art. 23, 1° co., t.u.f. non specifica se il requisito di forma scritta valga solo per il contratto-quadro oppure anche per gli ordini. Il tenore letterale di tale disposizione non autorizza una lettura restrittiva della norma, dato che anche i singoli ordini di negoziazione danno luogo alla formazione di contratti e che anche questi contratti (al pari del contratto-quadro) hanno per oggetto la prestazione di servizi d'investimento. In conclusione, secondo il Tribunale di Ravenna, se il contratto-quadro non autorizza una forma meno stringente di quella scritta, tale requisito rimane operativo anche per gli ordini di borsa.

Infine si noti che la legge autorizza la Consob, sentita la Banca d'Italia, a «prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma» (art. 23, 1° co., 2° periodo, t.u.f.). A un regolamento, in un'ottica di delegificazione e di semplificazione dei processi normativi, viene dunque attribuito dalla legge il potere di consentire forme alternative rispetto a quella scritta per i contratti d'intermediazione finanziaria.

Con riferimento alla prima fattispecie che autorizza la deroga alla forma scritta («motivate ragioni»), si pensi alla possibilità di consentire la conclusione di contratti d'intermediazione finanziaria utilizzando mezzi di comunicazione a distanza (in particolare tramite *Internet*).

Con riferimento alla seconda situazione in cui è legittima una deroga al requisito della forma scritta («natura professionale dei contraenti»), bisogna partire dalla considerazione che – sulla scorta delle indicazioni del diritto comunitario – non tutti i

¹⁷ In tema di forma convenzionale cfr. ADDIS, *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Obbl. contr.*, 2007, 296 ss.; BRUTTI, *Nullità dell'ordine di intermediazione per difetto di forma convenzionale*, in *Società*, 2009, 480 ss.; NATALE, *La conversione del negozio nullo per vizio di forma convenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 165 ss.; PFNISTER, *La rinuncia tacita alla forma convenzionale*, in *Notariato*, 2001, 570 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contratti*, 2007, 779 ss.

¹⁸ Trib. Ravenna, 12.10.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 456 ss., con nota di Guadagno.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

clienti dell'intermediario finanziario vanno posti sullo stesso piano. La distinzione fra categorie di clienti trova riscontro normativo nell'art. 26 reg. n. 16190/2007¹⁹. Ai fini che qui interessano basta evidenziare il disposto dell'art. 58, 3° co., reg. n. 16190/2007, secondo cui alla prestazione dei servizi di investimento a controparti qualificate non si applicano le regole di condotta di cui agli articoli da 27 a 56. Fra gli articoli la cui applicazione è esclusa rientra l'art. 37, 1° co., reg. n. 16190/2007, che – come si è visto - prescrive la forma scritta del contratto d'intermediazione finanziaria.

4. La pattuizione di rinvio agli usi e il raccordo con i contratti bancari

La legge prevede poi che «è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto» (art. 23, 2° co., t.u.b.).

Il costo per la fruizione dei servizi d'investimento costituisce uno degli elementi centrali di valutazione e di decisione del cliente. È di grande importanza per l'investitore sapere fin da principio, e in modo chiaro, quali saranno i costi risultanti dall'attività d'intermediazione. La realizzazione di questa aspettativa sarebbe in pericolo se la determinazione del compenso fosse rimessa a un meccanismo come quello di rinvio agli usi che non consente al cliente un'immediata percezione dell'ammontare dei costi causati dall'intervento dell'intermediario.

In merito al rinvio agli usi va segnalata una differenza fra i contratti d'intermediazione finanziaria e quelli bancari. La disposizione dell'art. 23, 2° co., t.u.f. è particolarmente severa in quanto prevede, quale sanzione per il rinvio agli usi, che nulla è dovuto. È dunque altamente consigliabile evitare in contratto il rinvio agli usi, poiché l'intermediario – in caso diverso – perde qualsiasi spettanza nei confronti del cliente. Il regime previsto per i contratti bancari è invece meno rigido. È vero, da un lato, che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati (art. 117, 5° co., t.u.b.). Ma, dall'altro lato, bisogna evidenziare che – anche in questo caso - alla banca continua a spettare un corrispettivo: difatti si applicano il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal ministro dell'economia e delle finanze (art. 117, 6° co., t.u.b.).

¹⁹ L'art. 26 reg. n. 16190/2007 definisce il «cliente professionale» come il cliente professionale *privato* che soddisfa i requisiti di cui all'allegato n. 3 al medesimo regolamento e il cliente professionale *pubblico* che soddisfa i requisiti di cui al regolamento emanato dal ministro dell'economia e delle finanze ai sensi dell'articolo 6, comma 2-*sexies* del testo unico e il «cliente al dettaglio» come il cliente che non sia cliente professionale o controparte qualificata. La definizione di controparte qualificata è rinvenibile nell'art. 58 reg. n. 16190/2007.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Esaminati il 1° co. (sulla forma scritta) e il 2° co. (sul divieto di rinvio agli usi) dell'art. 23 t.u.f., bisogna citare la disposizione del 3° co. del medesimo articolo, la quale specifica che - nei casi previsti dal 1° co. e dal 2° co. - la nullità può essere fatta valere solo dal cliente. Si parla, in questa ipotesi, di nullità «relativa», quale opposta alla nullità «assoluta», che - secondo la regola generale - può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse (art. 1421 c.c.). La *ratio* della disposizione risiede nella particolare esigenza di tutela del cliente, che è normalmente la parte debole del rapporto contrattuale. L'intermediario invece, soggetto forte della relazione, non può far valere la nullità: in altre parole spetta alla banca assicurarsi che il contratto sia redatto per iscritto e evitare d'inserire in contratto rinvii agli usi. Laddove l'intermediario violi questi precetti, la sanzione è la nullità. Nel primo caso (difetto di forma) la nullità investe tutto il contratto, nella seconda ipotesi (rinvio agli usi) investe solo la specifica pattuizione sugli usi.

Viene infine disciplinato dalla legge il raccordo con la materia dei contratti bancari, stabilendosi che «le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-*bis* ovvero della parte IV, titolo II, capo I». (art. 23, 4° co., 1° periodo, t.u.f.).

Il titolo VI t.u.b. è rubricato «trasparenza delle condizioni contrattuali» e si occupa di «operazioni e servizi bancari e finanziari» al capo I (nonché di «credito ai consumatori» al capo II). Queste disposizioni del t.u.b. non si applicano in particolare ai «servizi e attività di investimento»²⁰. La funzione dell'art. 23, 4° co., t.u.f. è quella di disciplinare il rapporto fra i contratti d'intermediazione finanziaria e i contratti bancari, nel senso che le disposizioni su operazioni e servizi bancari e finanziari non si applicano ai servizi e attività d'investimento. In questo modo si vuole evitare la concorrenza (e il possibile conflitto) fra le norme del t.u.f. e quelle del t.u.b. Fra le disposizioni escluse va menzionato in particolare, essendo rilevante per i fini che qui interessano, l'art. 117 t.u.b. sui contratti bancari. Le disposizioni del t.u.b. in materia di trasparenza non si applicano nemmeno quando si tratti di prodotti finanziari emessi da banche e imprese di assicurazione (art. 25-*bis* t.u.f.). Allo stesso modo le norme del t.u.b. sulla trasparenza non trovano applicazione in caso di offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita (parte IV, titolo II, capo I: artt. 93 ss. t.u.f.)

²⁰ Secondo la definizione regolamentare per «servizi e attività di investimento» si intendono, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: *a*) negoziazione per conto proprio; *b*) esecuzione di ordini per conto dei clienti; *c*) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; *c-bis*) collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; *d*) gestione di portafogli; *e*) ricezione e trasmissione di ordini; *f*) consulenza in materia di investimenti; *g*) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione (art. 1, 5° co., t.u.f.).

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

5. Gli strumenti finanziari derivati

Nel contesto della disciplina del contratto d'intermediazione finanziaria si rinviene una disposizione in materia di contratti derivati²¹. Anche con riferimento a questi contratti si deve segnalare che si sta assistendo a un contenzioso senza precedenti, avviato dalle imprese (e dagli enti territoriali) che avevano sottoscritto tali contratti²². La materia è dunque di considerevole impatto pratico.

²¹ In materia di contratti derivati cfr. *Derivati e swaps. Responsabilità civile e penale*, a cura di Sirotti Gaudenzi, Santarcangelo di Romagna, 2009; CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, 2^a ed., Milano, 2011; GIRINO, *I contratti derivati*, 2^a ed., Milano, 2010. Inoltre v., sotto vari profili, FANTETTI, *I contratti degli enti pubblici locali in strumenti finanziari derivati*, in *Resp. civ.*, 2010, 739 ss.; FANTETTI, *I derivati: obblighi informativi e negoziazione di prodotti finanziari*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, fasc. 11, 53 ss.; GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 134 ss.; LUBERTI, *Strumenti finanziari derivati: legittime le limitazioni all'autonomia negoziale degli enti locali*, in *Giur. it.*, 2010, 202 ss.; MAFFEIS, *Intermediario contro investitore; i derivati over the counter*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 779 ss.; PICCININI, *La trasparenza nella distribuzione di strumenti finanziari derivati ed il problema dell'efficacia delle regole informative*, in *Contr. impr.*, 2010, 499 ss.; PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2219 ss.; SALATINO, *La diffusione dei contratti di swap nella prassi commerciale italiana: un nuovo scandalo finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 116 ss.; SANGIOVANNI, *Conclusione di contratti derivati e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 2010, 26 ss.; SANGIOVANNI, *I contratti derivati fra normativa e giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 39 ss.; SIROTTI GAUDENZI, *Il contratto di swap: aspetti civilistici e responsabilità degli intermediari*, in *Foro pad.*, 2009, II, 51 ss.; TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1169 ss.

²² Il contenzioso in materia di contratti derivati è incentrato prevalentemente sulla nozione di operatore qualificato di cui all'art. 31, 2° co., reg. n. 11522/1998. In tema v. F. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. mer.*, 2008, 1261 ss.; FIORIO, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. it.*, 2008, 2241 ss.; MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, 1167 ss.; OREFICE, *Operatore qualificato e nullità virtuale per mancanza di causa*, in *Contratti*, 2011, 250 ss.; SALATINO, *Contratti di swap. Dall' "operatore qualificato" al "cliente professionale": il tramonto delle dichiarazioni "autoreferenziali"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 201 ss.; SANGIOVANNI, *Dichiarazione del contraente e strumenti finanziari derivati degli enti territoriali*, in *Nuova rass.*, 2010, 1161 ss.; SANGIOVANNI, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corr. mer.*, 2008, 41 ss.; SESTA, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autoresponsabilità del dichiarante*, in *Corr. giur.*, 2008, 1751 ss.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Nel disciplinare il contratto d'intermediazione finanziaria la legge prevede che «nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera *a*) non si applica l'articolo 1933 del codice civile²³» (art. 23, 5° co., t.u.f.).

Si è già visto sopra cosa si intenda con «servizi e attività di investimento». Con riferimento alla nozione di «strumenti finanziari derivati», la legge è invece silente. Il legislatore definisce i «valori mobiliari» (art. 1, co. 1-*bis*, t.u.f.) e gli «strumenti finanziari» (art. 1, 2° co., t.u.f.), categoria più ampia nella quale rientrano anche i valori mobiliari; non si rinviene tuttavia, nella nostra legge, una definizione di contratto derivato. Il t.u.f. non dà la definizione di contratto derivato, ma si limita a elencare determinati contratti che - per le loro caratteristiche - vengono qualificati come «derivati» (art. 1, 3° co., t.u.f.). Questa scelta, anche se criticabile dal punto di vista della certezza del diritto, è in realtà sostanzialmente apprezzabile se si riflette sul fatto che i contratti derivati vengono creati dalla prassi finanziaria e solo in un secondo momento «recepiti» dall'ordinamento. La previsione di una definizione legislativa rigida di contratto derivato sarebbe inevitabilmente destinata a scontrarsi con le veloci evoluzioni dell'ingegneria finanziaria e a doversi considerare superata nel giro di pochi anni. È per questa ragione che l'elencazione legislativa dei contratti derivati non costituisce un numero chiuso. L'art. 1, co. 2-*bis*, t.u.f. contiene una delega al ministro dell'economia e delle finanze per l'identificazione di altri potenziali contratti derivati. In questo modo il sistema si caratterizza per la sua flessibilità: i nuovi contratti derivati, creati dall'ingegneria finanziaria, possono essere recepiti nell'ordinamento senza necessità di un'ulteriore apposita previsione legislativa ma solo sulla base di un regolamento.

I contratti derivati si caratterizzano per il fatto che il loro valore «deriva» (come indica, appunto, l'utilizzo dell'espressione «derivati») dall'andamento di certi parametri di riferimento. La finalità più comune degli strumenti derivati è quella di ridurre i rischi derivanti dall'oscillazione dei parametri sottostanti. I contratti derivati possono però essere utilizzati anche per fini diversi, ad esempio per compiere operazioni speculative.

Se è vero che i derivati possono essere utilizzati per far fronte a certi rischi, è anche vero che essi si caratterizzano per un elemento di alea, che può essere maggiore o minore a seconda delle circostanze del caso singolo. Con la conclusione del contratto le parti accettano di subire le conseguenze derivanti dalle oscillazioni dei parametri di riferimento. L'art. 23, 5° co., t.u.f. chiarisce difatti che l'eccezione di gioco o scommessa non può essere proposta in relazione ai contratti derivati. Al legislatore è parso opportuno distinguere fra la scommessa in sé, che non attribuisce azione in giudizio, e le pretese connesse a contratti derivati, che danno invece tutela processuale.

²³ Come è noto, l'art. 1933 c.c. stabilisce che non compete azione per il pagamento di un debito di gioco o di scommessa, anche se si tratta di gioco o di scommessa non proibiti.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

La mancanza di azione nel caso di scommessa si giustifica con il fatto che la scommessa non svolge una funzione economica degna di tutela. Nella fattispecie dei contratti derivati bisognerebbe invece operare una distinzione sulla base delle finalità perseguite dai contraenti. Laddove il fine è meritevole di tutela (scopo di riduzione dei rischi), l'eccezione di scommessa difficilmente può operare. Vi sono tuttavia casi in cui il contratto derivato persegue obiettivi speculativi: in queste ipotesi potrebbe operare l'eccezione di scommessa, che impedirebbe alla parte interessata di ottenere soddisfazione delle proprie pretese. Il legislatore ha però ritenuto che nemmeno questi contratti derivati speculativi siano immeritevoli di tutela e ha conseguentemente previsto una deroga completa all'art. 1933 c.c.

6. Cenni all'onere della prova

Con riferimento all'onere della prova, l'art. 23, 6° co., t.u.f. prevede che: «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta».

Sulla base di questa disposizione, l'inversione dell'onere della prova pare riguardare i soli giudizi di risarcimento dei danni. Per il resto l'onere segue la regola generale, che è quella fissata dall'art. 2697, 1° co., c.c., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. L'inversione dell'onere della prova non opera dunque quando l'azione fatta valere in giudizio è un'azione di annullamento oppure di nullità oppure di risoluzione del contratto. Dal momento che si tratta di azioni che vengono esercitate con frequenza nella prassi del contenzioso in materia di servizi di investimento (soprattutto quella tesa a ottenere la risoluzione del contratto), l'art. 23, 6° co., t.u.f. ha un ambito di applicazione tutto sommato limitato.

Inoltre l'inversione dell'onere della prova riguarda solo la diligenza dell'intermediario finanziario, non gli altri elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria. Ne consegue che il cliente che agisce in giudizio nei confronti di una banca deve comunque provare: 1) il danno che ha subito e 2) il nesso di causalità fra il comportamento dell'intermediario e il nocimento che ne è derivato.

La diminuzione di valore degli strumenti finanziari indica che si è verificata una perdita e prova dunque, nella sostanza, la circostanza *sub* 1). Si tratta di una prova relativamente facile da rendere: gli strumenti finanziari sono stati comprati, si immagini, per 10.000 euro e ora ne valgono 3.000.

Tuttavia il danno che subisce l'investitore (= perdita di valore degli strumenti finanziari) può avere molte cause ed essere anche del tutto indipendente dal comportamento dell'intermediario. Può cioè mancare la prova *sub* 2), vale a dire la dimostrazione che è stata proprio la condotta scorretta della banca a cagionare il nocimento. Dal punto di vista pratico sussiste pertanto una certa difficoltà in capo al

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

cliente a esercitare con successo un'azione di risarcimento nei confronti dell'intermediario: il risparmiatore deve difatti dimostrare che è stato proprio il comportamento della banca a determinare il danno.

Per quanto riguarda il livello di diligenza richiesta all'intermediario finanziario, è fuori di dubbio che si tratti della diligenza professionale (art. 1176, 2° co., c.c.), e non di quella ordinaria (art. 1176, 1° co., c.c.).

In materia di onere della prova nei giudizi di risarcimento del danno nel contesto dell'intermediazione finanziaria è intervenuta recentemente la Corte di cassazione, affermando che l'investitore è tenuto ad allegare l'inadempimento e deve fornire, anche sulla base di presunzioni, la prova del nesso di causalità fra il danno e l'inadempimento²⁴.

Infine si noti che l'art. 23, 6° co., t.u.f. deve ritenersi disposizione inderogabile, con la conseguenza che sono invalide le clausole contrattuali che impongono al cliente di provare che l'intermediario finanziario è stato negligente.

7. Il contenuto minimo del contratto d'intermediazione (art. 37 reg. n. 16190/2007)

Il t.u.f. non fissa il contenuto minimo dei contratti d'intermediazione finanziaria. È invece una disposizione regolamentare a prevedere il contenuto minimo di tali contratti²⁵.

²⁴ Cass., 17.2.2009, n. 3773, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 687 ss., con nota di Corradi; in *Danno resp.*, 2009, 503 ss., con nota di Sangiovanni; in *Giur. it.*, 2010, 338 ss., con nota di Fiorio.

²⁵ L'art. 37, 2° co., reg. n. 16190/2007 prevede che: «il contratto: *a*) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; *b*) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; *c*) indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; *d*) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell'attività svolta; *e*) indica e disciplina, nei rapporti di esecuzione degli ordini dei clienti, di ricezione e trasmissione di ordini, nonché di gestione di portafogli, la soglia delle perdite, nel caso di posizione aperte scoperte su operazioni che possano determinare passività effettive o potenziali superiori al costo di acquisto degli strumenti finanziari, oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente; *f*) indica le remunerazioni spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità dell'articolo 52; *g*) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; *h*) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; *i*) indica le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-ter del testo unico».

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Da un lato non si può non rilevare come la previsione regolamentare di un contenuto minimo dei contratti d'intermediazione finanziaria determini una sorta di limitazione dell'autonomia privata. L'intermediario e il cliente non possono difatti decidere in piena libertà quale debba essere il contenuto del loro rapporto contrattuale, essendo alcuni elementi del contratto pre-determinati dal regolamento Consob. Dall'altro lato, però, con la previsione di un contenuto minimo si assicura una certa tutela dell'investitore, dal momento che l'intermediario è obbligato a inserire in contratto determinati elementi che svolgono – quantomeno – una funzione informativa in favore del risparmiatore.

Volendo esaminare brevemente alcuni degli elementi che il regolamento impone di inserire nel contratto di intermediazione finanziaria, si potrà iniziare segnalando come il regolamento imponga che il contratto specifichi «i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate» (art. 37, 2° co., lett. a, reg. n. 16190/2007). Questa disposizione esige che siano specificati i servizi che possono essere forniti, al fine di determinare meglio l'oggetto del contratto. All'interno dunque della categoria generale dei «contratti d'intermediazione finanziaria» si potranno avere contratti particolari, quali il «contratto di negoziazione» (art. 1, 5° co., lett. a, t.u.f.) oppure il «contratto di esecuzione di ordini» (art. 1, 5° co., lett. b, t.u.f.). Di solito tuttavia, nella prassi, viene prevista in contratto la possibilità di rendere contemporaneamente un elevato numero di servizi.

Il contratto d'intermediazione finanziaria generalmente è a tempo indeterminato, ma nulla vieta di fissare una sua durata limitata nel tempo (art. 37, 2° co., lett. b, reg. n. 16190/2007). In questo caso è utile disciplinare il suo rinnovo. Inoltre il contratto deve indicare le modalità da adottare per le sue modificazioni.

Giova certamente all'investitore l'indicazione richiesta dall'art. 37, 2° co., lett. e, reg. n. 16190/2007, secondo cui il contratto deve indicare la soglia delle perdite oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente. Assumendo l'intermediario l'obbligo di avvertire immediatamente l'investitore nel caso in cui le perdite abbiano superato un certo livello di guardia, il risparmiatore viene messo velocemente nelle condizioni di prendere le opportune contromisure. Con riferimento alla normativa previgente, la Corte di cassazione ha stabilito che l'obbligo dell'intermediario d'informare per iscritto l'investitore che le operazioni in strumenti finanziari hanno generato una perdita superiore a una certa soglia non è assolto dalla comunicazione periodica dell'esito delle operazioni²⁶.

²⁶ Cass., 17.2.2009, n. 3773, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 687 ss., con nota di Corradi; in *Danno resp.*, 2009, 503 ss., con nota di Sangiovanni; in *Giur. it.*, 2010, 338 ss., con nota di Fiorio. V. anche Trib. Salerno, 15.10.2009, in *Giur. it.*, 2010, 1840 ss., con nota di Liace, secondo cui l'intermediario è tenuto a informare l'investitore della perdita di valore dei titoli

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Rilevante è la disposizione che impone d'indicare nel contratto le remunerazioni spettanti all'intermediario (art. 37, 2° co., lett. f, reg. n. 16190/2007). La norma non richiede peraltro d'indicare una cifra, ma consente di fare riferimento a criteri oggettivi per la loro determinazione. Il contratto deve inoltre indicare, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità all'art. 52 reg. n. 16190/2007. L'informazione sugli incentivi deve pertanto precedere la prestazione del servizio.

Abbiamo visto come il reg. n. 16190/2007 fissi un contenuto minimo dei contratti d'intermediazione finanziaria. Si pone allora il problema di quali siano le conseguenze della eventuale assenza, nei testi contrattuali, delle indicazioni previste dalla Consob. Bisogna peraltro dire che la questione tende ad avere una rilevanza pratica limitata poiché i contratti, nella prassi, sono frequentemente molto dettagliati. Ma certamente può succedere che vengano omesse indicazioni richieste dal regolamento. Questa situazione tende a verificarsi in particolare quando vi è il passaggio temporale da una certa normativa a quella successiva: è avvenuto in particolare con l'abrogazione del precedente reg. n. 11522/1998 e la sua sostituzione con il reg. n. 16190/2007. In alcuni procedimenti giudiziari si è contestato che il contratto-quadro, scritto sotto il regolamento del 1998, non fosse stato adeguato alle prescrizioni del regolamento del 2007.

In linea di principio l'assenza di qualcuna delle indicazioni richieste dal reg. n. 16190/2007 non dovrebbe essere in grado d'invalidare l'intero contratto. In questo senso pare debba interpretarsi la posizione assunta dal Tribunale di Venezia, il quale ha affermato che l'eccezione d'invalidità del contratto-quadro non adeguato alle prescrizioni della nuova normativa di cui all'art. 37 reg. n. 16190/2007 deve contenere l'indicazione specifica delle prescrizioni violate e ritenute rilevanti²⁷. Il caso dell'assenza nel contratto d'intermediazione finanziaria di quanto prescrive l'art. 37 reg. n. 16190/2007 non va peraltro confuso con la distinta ipotesi di clausole, sì presenti, ma che contrastano con le disposizioni regolamentari. Per questa situazione l'autorità giudiziaria veneziana ha affermato che qualora il contratto-quadro contenga clausole nulle, perché incompatibili con le prescrizioni contenute nell'art. 37 reg. n. 16190/2007, dovrà farsi applicazione del principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1419 c.c., il quale prevede la sostituzione di diritto della clausole nulle con le prescrizioni della nuova normativa.

Una soluzione diversa si potrebbe prospettare laddove l'omissione d'importanti elementi dovesse ritenersi equivalente a mancanza dell'oggetto del contratto. In un caso del genere si potrebbe pensare a una nullità ai sensi dell'art. 1418, 2° co., c.c., per mancanza di uno dei requisiti (appunto l'oggetto) di cui all'art. 1325 c.c.

verificatasi in data successiva all'acquisto.

²⁷ Trib. Venezia, 5.11.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 608 ss., con nota di Guadagno.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Per gli altri casi (omissione di singole indicazioni prescritte dalla disciplina regolamentare), la mancata osservanza della disposizione regolamentare costituisce una violazione dei doveri dell'intermediario finanziario. In particolare, almeno in certe ipotesi, l'assenza del contenuto minimo del contratto può coincidere con un'omessa informazione dell'investitore. Dal momento che la violazione dell'intermediario finanziario si colloca prima della conclusione del contratto, l'investitore potrebbero invocare le disposizioni in materia di responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.). Nei casi più gravi potrebbe essere chiesto l'annullamento del contratto per vizio del consenso (art. 1427 ss.).

ABUSO DEL DIRITTO, SOCIETÀ IN HOUSE E QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA IN UNA INTERESSANTE PRONUNCIA DEL TRIBUNALE DI ROMA

Il Tribunale di Roma affronta i temi dell'abuso di diritto della società in house e della natura della società in mano pubblica con riferimento ad una deliberazione di scioglimento di s.p.a.

di **ORESTE CAGNASSO** e **MARIATERESA QUARANTA**

La sentenza del Tribunale di Roma 20 ottobre 2011 (Presidente la dott.ssa Elena Raganelli – Giudice Relatore il dott. Guido Romano) affronta alcuni profili di diritto societario ed amministrativo di notevole interesse teorico ed operativo.

1. In primo luogo la pronuncia analizza in modo molto approfondito il tema dell'abuso di potere riferito alla deliberazione di scioglimento della società, In quali casi tale decisione, che compete all'assemblea di s.p.a. e che può essere adottata a maggioranza, può costituire un'ipotesi di esercizio abusivo del diritto? E quindi entro che limiti il Giudice può sindacare tale scelta?

“Ebbene, - così si legge nella motivazione del provvedimento in esame - per come ricostruita dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., in particolare, Cassazione civile, sez. I, 12/12/2005, n. 27387), l'abuso o eccesso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società – per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale – ovvero sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli; al di fuori di tali ipotesi resta preclusa ogni possibilità di controllo in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla votazione della delibera di scioglimento anticipato della società essendo insindacabili le esigenze relative all'economia individuale del socio che possano averlo indotto a votare per tale soluzione dissolutiva.

Ed invero, nel nostro ordinamento societario non esiste una norma che identifichi espressamente una fattispecie di abuso nelle deliberazioni assembleari.

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

Tuttavia, da tempo si ammette in dottrina la fattispecie in argomento, riferendola correttamente alla “regola” di maggioranza, per indicare un uso di tale regola non conforme a quei limiti alla sua applicazione, che siano desumibili o da un principio implicito dell’ordinamento, oppure da un enunciato normativo espresso ovvero ancora da una clausola generale. La stessa Corte di cassazione ha avuto modo di osservare che la deliberazione di scioglimento di una società che sia stata adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all’uopo prescritte, può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all’uopo previste (artt. 2377 e 2379 c.c.), sotto il profilo dell’abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all’esclusione del socio), mentre, all’infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione (vedi le sentenze nn. 4236/1983, 3628/1986, 4923/1995, 11151/1995, 9353/2003), non potendo ritenersi sussistente un interesse giuridicamente tutelato del socio alla conservazione del proprio status.

La figura dell’abuso di potere, quindi, rappresenta un limite al principio maggioritario vigente nel diritto societario corrispondente ad un principio generale dell’ordinamento giuridico secondo il quale è vietato abusare dei propri diritti e, quindi, fare di essi un esercizio emulativo (sulla tematica dell’abuso del diritto, si veda, di recente, Cassazione civile, sez. I, 12 maggio 2011 n. 10488).

L’orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità, peraltro, fonda il divieto di abuso sulla base dei canoni generali della correttezza e della buona fede. Più specificamente, il principio di buona fede contrattuale e il conseguente principio di collaborazione che deve informare l’opera dei soci nell’organizzazione della società vengono considerati il fondamento per riconoscere la figura dell’abuso di potere, quale elemento invalidante le deliberazioni assembleari finalizzate esclusivamente a favorire la maggioranza a danno della minoranza.

Si può, quindi, affermare che il riconoscimento della figura dell’abuso di potere parte dal riconoscimento della società come contratto. I soci, con la costituzione della società, stipulano un contratto; essi, in quanto membri di una struttura organizzativa di matrice contrattuale, sono astretti a un vincolo derivante dalla causa del contratto sociale: pertanto, i soci devono eseguire il contratto secondo il principio di buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c..

A questo punto, occorre precisare che il canone della buona fede in senso oggettivo non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all’esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi i quali, nel dinamismo proprio dell’ordinamento societario, sono destinati a trovare adeguata composizione nell’ambito del procedimento deliberativo. La menzionata regola di maggioranza

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

prescrive, dunque, al socio non di esercitare il diritto di voto in funzione di un predeterminato interesse, ma di esercitarlo liberamente e legittimamente per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno.

Posta dunque l'astratta configurabilità della vicenda dell'abuso di potere anche rispetto ai voti espressi in senso favorevole allo scioglimento anticipato della società, occorre peraltro precisare che è comunque necessaria la dimostrazione di un esercizio "fraudolento" ovvero "ingiustificato" del potere di voto, l'abuso non potendo consistere nella mera valutazione discrezionale del socio dei propri interessi, ma dovendo concretarsi nella intenzionalità specificatamente dannosa del voto, ovvero nella compressione degli altrui diritti in assenza di apprezzabile interesse del votante.

In sintesi, l'abuso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari quando la deliberazione: a) non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società; deve pertanto trattarsi di una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale; b) sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli poiché è rivolta al conseguimento di interessi extrasociali. I due requisiti testè evidenziati non sono richiesti congiuntamente, ma in alternativa (cfr., altresì, Cassazione civile, Sez. lav., 19/04/2003, n. 6361; Tribunale Roma, 22/10/2002; Tribunale Milano, 28/06/2001; Tribunale Milano, 22/06/2001).

In adesione ai principi ora enunciati, l'esame del merito della delibera è ammesso solo in presenza di indici oggettivi che consentano di sospettare la violazione di vincoli imposti dall'ordinamento alla maggioranza e desunti nei modi succitati: della sussistenza e della prova di tali indizi è naturalmente onerata la parte che assume l'illegittimità della deliberazione. Grava, cioè, sul socio di minoranza l'onere di provare che il socio di maggioranza abbia abusato del proprio diritto (cfr. Cass. 3628/1986 cit., in motivazione; 4923/1995 cit.; 6361/2003). Ma, come si è visto, l'abuso presuppone un controllo di merito del giudice; e a tal fine il socio di minoranza, oltre a provare l'arbitraria e fraudolenta preordinazione della delibera da parte dei soci maggioritari, dovrà preventivamente fornire quei "sintomi" di illiceità, tali da consentire al giudice l'analisi delle motivazioni della delibera, per poter verificare se effettivamente abuso vi sia stato. E' chiaro che la presenza del fine fraudolento – la cui prova può essere data anche induttivamente dimostrando che lo scopo apparentemente perseguito dalla società è in realtà inesistente – costituisce non solo un sintomo del vizio della decisione impugnata, ma anche il limite alla tutela della minoranza. L'abuso di potere, infatti, è pur sempre un vizio di legittimità della delibera, riscontrabile solo nella misura in cui non comporti un controllo giudiziario sulle libere determinazioni dell'autonomia privata provenienti dagli organi della società rispetto ai quali è preclusa qualsiasi valutazione di opportunità".

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

La giurisprudenza della Cassazione (Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387) si era già espressa in tal senso: *“la deliberazione di scioglimento anticipato di una società può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all’uopo previste, sotto il profilo dell’abuso della regola di maggioranza, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari al solo fine di perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero ledere gli interessi degli altri soci. La relativa prova incombe sul socio di minoranza il quale dovrà a tal fine indicare i “sintomi” di illiceità della delibera – deducibili non solo da elementi di fatto esistenti al momento della sua approvazione, ma anche da circostanze verificatesi successivamente – in modo da consentire al giudice di verificarne le reali motivazioni e accertare se effettivamente abuso vi sia stato. Peraltro, all’infuori della ipotesi di un esercizio “ingiustificato” ovvero “fraudolento” del potere di voto ad opera dei soci maggioritari, resta preclusa ogni possibilità di controllo in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla votazione della delibera di scioglimento anticipato della società, essendo insindacabili le esigenze relative all’economia individuale del socio che possano averlo indotto a votare per tale soluzione dissolutiva”*.

Così il Tribunale di Roma, 22 ottobre 2002, aveva statuito: *“Una deliberazione assembleare è annullabile per abuso del diritto di voto solo a condizione che il socio impugnante riesca a provare che la stessa è stata adottata al solo scopo di ledere i suoi diritti patrimoniali o amministrativi (nella specie il tribunale ha ritenuto non annullabile una delibera di scioglimento anticipato non essendo stato provato dal socio impugnante che la stessa era stata adottata all’unico scopo di estrometterlo dalla società).”*

Risulta dunque essersi consolidato un orientamento in forza del quale una deliberazione assembleare può considerarsi invalida sotto il profilo dell’abuso della regola di maggioranza - regola che consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse - solo quando risulti arbitrariamente preordinata dai soci maggioritari allo scopo esclusivo di perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero quando provochi una lesione dei diritti di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali della minoranza senza che tale lesione sia necessaria per la realizzazione dell’interesse sociale o sia comunque eccessiva rispetto all’interesse comune realizzato.

Lo scopo della costruzione da parte della giurisprudenza del vizio dell’eccesso di potere risiede nella volontà di impedire che attraverso delibere normalmente legittime vengano perseguite finalità vietate dalla legge.

Nella casistica delle deliberazioni viziate da abuso o eccesso di potere rientrano tipicamente le decisioni di aumentare il capitale sociale al solo scopo di estromettere dalla società i soci di minoranza impossibilitati a mantenere inalterata la propria

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

partecipazione, la delibera di fusione con sottovalutazione dei conferimenti, la delibera di azzeramento e successiva ricostituzione del capitale sociale, con esclusione del diritto di opzione o la delibera autorizzante un ingiustificato consistente aumento del compenso di un amministratore.

Si tratta quindi di ipotesi di delibere adottate da una maggioranza mossa dalla scelta di danneggiare la minoranza anziché ottenere un risultato utile per la società.

Con riferimento allo scioglimento anticipato di una società, la Cassazione, come si è già rilevato, ha avuto modo di precisare che tale deliberazione può essere impugnata sotto il profilo dell'abuso della regola di maggioranza solo *“quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari al solo fine di perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero di ledere gli interessi degli altri soci”* (Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, *cit.*).

In dottrina si è posto in rilievo come la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione giustifichi la regola che attribuisce alla maggioranza la facoltà di disporre l'anticipato scioglimento della società.

Al proposito si è scritto che tale rilievo *“non incide sul problema, diverso ancorché in qualche misura collegato, della rilevanza da annettersi al comportamento, se arbitrario o fraudolento, tenuto dal socio di maggioranza nei confronti del socio di minoranza nell'adozione di una deliberazione assembleare di anticipato scioglimento della società. Si ipotizzi il caso (offerto dalla fattispecie di Cass., 29 maggio 1986, n. 3628, in Società, 1986, 1087) della deliberazione di scioglimento anticipato di una prospera società, adottata dai soci di maggioranza nella prospettiva della successiva costituzione di un'altra società cui non vengano chiamati a partecipare gli sgraditi soci di minoranza della prima; ed ancora si faccia il caso (proposto da Gambino, Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni, Milano, 1987, p. 282) della deliberazione di egual segno adottata dal socio di controllo per eliminare la società dal mercato a vantaggio di altra società concorrente nella quale egli abbia un prevalente interesse (e tale ordine di idee è alla base di App. Roma, 4 giugno 1990, in Foro It., 1990, I, 2949)”* (Niccolini, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990, 410, nota 8).

2. La sentenza in esame ha poi affrontato i temi della società c.d. *in house* e della natura giuridica delle società in mano pubblica.

“Orbene, alla luce dei principi giurisprudenziali ora tratteggiati, ad avviso di questo Collegio, in tanto può ritenersi viziata da abuso di potere la deliberazione assunta dall'Assemblea straordinaria dei soci in data 30 maggio 2007 in quanto si possa escludere che, attraverso la sua adozione, il socio di maggioranza, il Poligrafico dello Stato, abbia posto rimedio o tentato di porre rimedio ad una situazione di illegittimità derivante dal mancato rispetto, al momento della costituzione della società consortile oggi convenuta, della procedura di evidenza pubblica.

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

In altre parole, nel caso di accertamento della impossibilità, per la Innovazione e Progetti, di essere affidataria dell'esecuzione del progetto della carta di identità elettronica, dovrebbe necessariamente escludersi che lo scioglimento non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società (non avendo senso il mantenimento in vita di una società destinata ad uno scopo non realizzabile, art. 2484, n. 2 c.c.) ovvero che esso costituisca il portato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza.

In definitiva, il quesito circa la legittimità della delibera di scioglimento rimanda, di necessità, alla risoluzione del quesito circa la legittimità dell'affidamento alla innovazione e Progetti della realizzazione della carta d'identità elettronica.

In tale prospettiva, un primo dato appare certo: l'art. 7 vices quater comma terzo del d.l. 31 maggio 2005, n. 7 ("al fine di contenere i prezzi di cessione delle carte valori ed i costi di attivazione, di produzione, emissione e manutenzione dei centri gestione delle stesse è in facoltà dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato Spa di stipulare accordi o indire gare con pubbliche amministrazioni ed anche con soggetti privati, anche allo scopo di estendere l'operatività delle carte valori alla fruizione di servizi, ivi compresi quelli di natura privatistica"), ancorchè faccia riferimento alla possibilità, per il Poligrafico, di stipulare accordi con soggetti privati, non è legittimamente interpretabile quale eccezione al principio generale di evidenza pubblica.

Invero, nel caso in cui il tenore letterale della norma imponesse una interpretazione in tale ultimo senso, non resterebbe che la disapplicazione della norma per contrasto con i principi di origine comunitaria che impongono le procedure pubbliche per l'affidamento degli appalti.

Infatti, come è noto, le pubbliche amministrazioni non possono stipulare liberamente con i privati contratti di appalto avente ad oggetto lavori, forniture o servizi, ma devono indire una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente. Conseguentemente, deve ritenersi che la norma in argomento – lungi dall'attribuire al Poligrafico una facoltà discrezionale di stipulare accordi o contratti in deroga alla legislazione interna o comunitaria – legittima l'Istituto ad affidare a soggetti terzi contratti ad evidenza pubblica per l'esecuzione di attività strumentale, nell'esclusiva ipotesi della ricorrenza dei relativi presupposti previsti dalla legge.

Dal principio dell'evidenza pubblica discende come immediato corollario anche il divieto di affidare direttamente l'appalto ad una società veicolo della pubblica amministrazione cui partecipi un privato (c.d. società mista): infatti, "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica" (art. 1, comma 2 Codice dei contratti pubblici). In altre parole, in tali ipotesi, l'applicazione del principio dell'evidenza pubblica si sposta

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

dalla scelta del contraente cui affidare l'appalto alla scelta del socio della società mista direttamente affidataria dell'esecuzione del progetto.

La giurisprudenza, sia interna che comunitaria, reputa, tuttavia, legittimo l'affidamento diretto ad una società c.d. *in house* di attività riservate dalla legge all'organismo di diritto pubblico.

In particolare, secondo quanto chiarito dall'univoco orientamento della giurisprudenza comunitaria e della giurisprudenza amministrativa, deve considerarsi legittimo il ricorso all'affidamento *in house* solo allorchè l'amministrazione pubblica eserciti sull'ente distinto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e qualora l'ente svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con gli enti pubblici che lo detengono (*ex multis*, C.G.CE, 18 novembre 1999, causa C – 107/98; 11 gennaio 2005, causa C – 26/03; 13 gennaio 2005, causa C – 84/03; 10 novembre 2005, causa C – 29/04; 11 maggio 2006, causa C – 340/04; 19 aprile 2007, causa C – 295/05; 8 aprile 2008, causa C – 337/05; 17 luglio 2008, causa C – 371/05).

Peraltro, è stato anche chiarito che i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vano interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C – 410/04; Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007; Cons. Stato A.P. n. 1/2008).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (ancorchè minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi (Corte Giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05).

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria non è di per sé sufficiente (C. Giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), occorrendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare: a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a Tutta l'Italia e all'estero (C. Giust. CE: 10

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

novembre 2005, C-29/04); d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5), occorrendo un'influenza determinante da parte del socio pubblico sugli obiettivi strategici (C. Giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04).

Secondo parte attrice, posto che la natura giuridica pubblica dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello stato e delle Poste Italiane non è in discussione, la scelta, come socio di Innovazione e Progetti, della Selex, quale società interamente posseduta nel capitale sociale da Finmeccanica s.p.a. (società quest'ultima "di interesse nazionale" e soggetta a poteri speciali del Governo) non richiedeva l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica.

Il Collegio non condivide l'assunto di parte attrice non potendosi considerare la Finmeccanica – da cui mutuerebbe la propria natura la partecipata Selex Service Management s.p.a. – una società pubblica, quanto meno in relazione ai fini in esame.

Ed invero, la Finmeccanica è una società privata e, precisamente, una società per azioni che persegue fini di lucro essendo prevista la ripartizione tra le azioni degli utili non accantonati. Inoltre, le azioni risultano quotate in borsa.

Nulla osta alla conclusione ora raggiunta la valutazione dei particolari poteri che lo Stato detiene sulla società.

Sul punto, occorre ricordare che lo Statuto di Finmeccanica stabilisce che nessun azionista, eccettuato lo Stato, gli enti pubblici ovvero i soggetti da essi controllati, può possedere, direttamente o indirettamente, partecipazioni azionarie in misura superiore al 3%. Inoltre, all'azionista Stato sono attribuiti diritti e poteri speciali (golden share), in quanto il Ministero delle Finanze, d'intesa con il Ministro delle attività produttive: 1) può opporsi all'acquisto di partecipazioni almeno pari al 3% da parte dei soggetti nei cui confronti opera il limite al possesso azionario di cui si è detto; 2) può opporsi alla stipulazione di accordi parasociali da parte dei soggetti privati; 3) può porre il veto all'adozione di delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale; 4) può nominare un amministratore senza diritto di voto; 5) può opporsi all'adozione di modifiche statutarie dirette a sopprimere o modificare i suddetti poteri speciali.

Tuttavia, i poteri speciali ora richiamati e, in particolare, quelli indicati ai nn. 1, 2 e 3 possono essere esercitati solo in caso di pregiudizio per gli interessi vitali dello Stato.

Ebbene, ritiene il Tribunale che proprio l'esistenza, in capo al soggetto (rectius: socio) pubblico, di speciali poteri – peraltro, esercitabili solo in particolari e quanto mai limitati casi – non esclude, ma anzi presuppone la natura privata di Finmeccanica s.p.a..

In effetti, Finmeccanica s.p.a. (e, dunque, Selex Management s.p.a.) opera sul mercato come una normale impresa per il raggiungimento di un utile e, proprio in

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

quanto società privata, non è tenuta al rispetto delle procedure dell'evidenza pubblica per soddisfare le proprie necessità. Tale ultima circostanza è confermata dalla circostanza che la stessa Selex, nell'atto introduttivo del giudizio, ha rappresentato di aver acquistato beni strumentali all'esecuzione del progetto della carta di identità elettronica per il valore cospicuo di circa € 19.698.929,51 (cui ha parametrato l'entità del danno subito dell'asserito illegittimo scioglimento della società) senza mai dedurre di aver intrapreso alcuna procedura pubblica per la fornitura di tali beni.

In conclusione, la partecipazione alla Innovazione e Progetti di un socio privato quale è la Selex impedisce di qualificare come in house la IP medesima e, quindi, deve considerarsi ragione ostativa alla legittimità dell'affidamento alla società consortile dell'esecuzione del progetto della carta d'identità elettronica.

Sebbene le precedenti considerazioni risultino già idonee al rigetto della domanda e, dunque, assorbenti rispetto ad ogni altra valutazione, il Tribunale ritiene opportuno precisare che – anche a voler considerare la Selex una società pubblica (come evidenziato dal parere redatto dall'avv. Antonio Saraceni depositato da parte attrice e dal parere redatto dal dott. Pasquale Landi depositato dalla difesa della convenuta) – ciò non sarebbe comunque sufficiente a qualificare la Innovazione e Progetti come società in house.

Ed invero, nello Statuto della Selex non è prevista alcuna limitazione alla detenzione da parte di privati di una quota del capitale sociale (essendo le azioni trasferibili, con l'unica limitazione del diritto di prelazione spettante agli altri soci. Cfr., art. 6); non è consentito ad alcun ente pubblico controllante l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; non sussiste alcun vaglio preventivo, da parte dell'ente pubblico affidante, concernente le decisioni più importanti. Inoltre, l'oggetto sociale di Innovazione e Progetti non è esclusivamente deputato all'attuazione del progetto e l'attuale formulazione dello Statuto non prevede, direttamente o indirettamente, l'esistenza di un reale potere di controllo dell'IPZS, quale organismo di diritto pubblico, analogo alla vigilanza esercitata sui propri servizi.

In conclusione, la società oggi convenuta non soddisfa i requisiti richiesti dalla giurisprudenza amministrativa e comunitaria per qualificarla in house. Conseguentemente, alla Innovazione e Progetti, i cui soci non erano stati individuati mediante gara pubblica, non poteva essere direttamente commissionata la realizzazione del progetto della carta di identità elettronica, realizzazione che, al contrario, rappresentava la finalità per la quale la società consortile era stata costituita.

La decisione concernente lo scioglimento della società assunta, con il voto determinante del socio Poligrafico, dall'assemblea straordinaria non è, quindi, priva di una sua intrinseca razionalità, in quanto evidentemente finalizzata all'eliminazione di una situazione di illegittimità che era potenzialmente idonea a costituire, in capo allo

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

Stato, una precisa responsabilità per aver affidato un appalto di opere e servizi ad una società senza esecuzione della relativa gara pubblica.

Né la circostanza che, in sede di assemblea, il rappresentante del Poligrafico si sia limitato ad asserire che la società consortile non era più “rispondente agli obiettivi strategici del progetto carta di identità elettronica, così come rimodulato alla luce dei nuovi orientamenti maturati in sede governativa ed istituzionale” (dichiarazione, questa, che la stessa difesa della convenuta definisce “forse laconica”, cfr., pag. 32 della comparsa conclusionale) consente di giungere a conclusioni difformi. Infatti, come è noto, salvo in casi particolari, non sussiste un obbligo per il socio di esplicitare e di motivare, nel corso dell’assemblea, le proprie scelte discrezionali, perseguendo liberamente il socio, come già rilevato, i propri interessi, salvo il limite dell’abuso del diritto, nel caso di specie, non ravvisabile.

Alla luce delle precedenti considerazioni, deve necessariamente concludersi che non sussiste la prova che la deliberazione di scioglimento della Innovazione e Progetti società consortile per azioni adottata in data 30 maggio 2007 dall’assemblea straordinaria non trovi alcuna giustificazione nell’interesse della società e dei soci ovvero che essa sia il portato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare una lesione dei diritti patrimoniali dei soci di minoranza”.

Le Pubbliche Amministrazioni non possono stipulare liberamente contratti volti all’acquisizione di lavori, servizi o forniture, ma debbono fare ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del privato contraente; la pronuncia in commento sottolinea come tali modalità siano necessarie anche per la scelta del socio privato di società mista (unitamente all’individuazione del determinato servizio da svolgere).

L’affidamento diretto costituisce, infatti, una chiara eccezione al principio della libertà di concorrenza e, secondo la giurisprudenza comunitaria ed interna (poi recepita dal legislatore in materia di affidamento dei servizi pubblici locali), è lecito in presenza di società c.d. “in house”.

Tali società sono caratterizzate, in primo luogo, dall’assenza di soci privati: secondo la Corte di Giustizia (sentenza 10 settembre 2009 n. C-573/08) “*gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l’obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all’affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l’ente pubblico che costituisce l’amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano*”. In secondo luogo, gli enti pubblici azionisti debbono esercitare sulla società un controllo analogo a quello che

COMMENTO A SENTENZA

QUALIFICAZIONE DELLA SOCIETÀ *IN HOUSE*

eserciterebbero sui propri servizi. Il Tar Sicilia, Catania, con la sentenza 11 aprile 2011, n. 876 ha chiarito che: *“La differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto)”*. Infine, la società deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (v. Cons. Stato, 7 aprile 2011, n. 2151).

Il Tribunale di Roma esclude la correttezza di un affidamento diretto alla società in esame, anche perché il socio facente capo a Finmeccanica s.p.a. non è un socio pubblico. Infatti, lo scopo di lucro e la quotazione in borsa delle azioni sarebbero elementi inconferenti con la qualifica pubblica di un soggetto.

La giurisprudenza in tema di organismo di diritto pubblico, effettivamente, ha preso posizione sul punto: *“l'organismo di diritto pubblico”, infatti, “è connotato, stante la normativa comunitaria e nazionale, da tre elementi, quali la personalità giuridica; l'elemento teleologico della costituzione per soddisfare precisamente esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale e, in via alternativa, il finanziamento della sua attività in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; ovvero la soggezione della sua gestione al controllo di detti soggetti; ovvero la designazione per più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o vigilanza da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico”* (Cons. Stato, 30 giugno 2011, n. 3892).

Lo scopo di lucro appare quindi incompatibile con il carattere pubblicistico di una società; ne consegue l'impossibilità di affidamenti diretti in favore di una società, a maggioranza pubblica, partecipata da un socio privato (non scelto con gara).

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Tasso di interesse legale – Il D.M. 12 dicembre 2011, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 291 del 15 dicembre 2011, ha modificato il saggio di interesse legale, di cui all'art. 1284 c.c., fissandolo al 2,5% annuo a decorrere dal 1° gennaio 2012.

D.L. 22 dicembre 2011, n. 212 – Il Decreto legge recante “*Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile*” ha introdotto e disciplinato la possibilità per i debitori non assoggettabili alle procedure concorsuali e per i consumatori di concludere un accordo con i propri creditori qualora si trovino in una situazione di sovraindebitamento.

Tra le altre disposizioni del Decreto, si segnalano le modifiche alla Legge di stabilità riguardanti le previsioni sul sindaco unico, stabilendo:

- la permanenza in carica sino a scadenza dei collegi sindacali nominati nelle società a responsabilità limitata entro il 31 dicembre 2011;
- la facoltà per le società a responsabilità limitata che non hanno nominato il sindaco unico di redigere il bilancio secondo uno schema semplificato a far data dal 1° gennaio 2012;
- la possibilità per il sindaco unico di svolgere la funzione di organismo di vigilanza ai sensi del D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Il Decreto legge, in vigore dal 23 dicembre 2011, è stato pubblicato su *Gazzetta Ufficiale*, 22 dicembre 2011, n. 297.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSIREVI

Le attestazioni della Direzione – L'Assirevi ha elaborato, nel mese di dicembre 2011, il *Documento di ricerca n. 167* – in sostituzione del previgente *Documento di ricerca n. 152* – concernente indicazioni applicative del *Principio di revisione n. 580* sul valore delle attestazioni della Direzione nell'ambito dell'attività di revisione e di emissione del giudizio sul bilancio, in particolare alla luce del D. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39.

Il testo del *Documento di ricerca n. 167* è reperibile sul sito www.assirevi.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

CNDCEC

Norme di comportamento del collegio sindacale – L'aggiornamento delle *Norme di comportamento del collegio sindacale* è stato pubblicato dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, precisando che esse sono applicabili “*all'organo di controllo interno sia nella sua composizione collegiale che monocratica (sindaco unico), in quanto compatibili*”. Il documento include le nuove norme relative all'attività dell'organo di controllo “*in caso di omissione degli amministratori*”, “*nelle operazioni sociali straordinarie e nelle altre operazioni rilevanti*”, nonché “*nella crisi di impresa*”.

Le *Norme di comportamento*, in vigore dal 1° gennaio 2012, sono disponibili sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

Revisione degli enti locali – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha approvato i *Principi di vigilanza e controllo dell'organo di revisione degli enti locali*, comprensivi sia di un inquadramento normativo e giurisprudenziale delle diverse tematiche affrontate, sia di indicazioni operative. Inoltre, essi “*forniscono un orientamento da ritenersi vincolante nei casi di dubbia interpretazione*”.

I *Principi*, sviluppati in 15 documenti e pubblicati il 21 dicembre 2011, sono integralmente reperibili sul sito ufficiale del CNDCEC: www.commercialisti.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

La disciplina del sindaco unico – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha diffuso lo Studio n. 250-2011/I, concernente le modifiche introdotte agli artt. 2397 e 2477 c.c. dalla Legge 12 novembre 2011, n. 183. Il documento accoglie la tesi interpretativa per cui l'organo collegiale è obbligatorio per le società a responsabilità limitata che superano i limiti di cui all'ultimo comma dell'art. 2397 c.c.

Il testo dello Studio n. 250-2011/I, pubblicato il 20 dicembre 2011, è disponibile sul sito www.notariato.it.

OIC

Aggiornamento principi contabili nazionali – L'Organismo Italiano di Contabilità ha aperto la consultazione in merito al primo gruppo di principi contabili oggetto di revisione, vale a dire OIC 16 *Immobilizzazioni materiali*, OIC 18 *Ratei e risconti*, OIC 19 parte *Debiti* e parte *Fondi per rischi e oneri e TFR*, OIC 29 *Cambiamenti di principi contabili, cambiamenti di stime contabili, correzioni di errori, eventi e operazioni straordinarie, fatti intervenuti dopo la data di chiusura dell'esercizio*. Le osservazioni possono essere formulate sino al 30 giugno 2012.

Le bozze in consultazione sono reperibili sul sito www.fondazioneoic.eu.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 1/2012

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

GIURISPRUDENZA

Curatore fallimentare e contratto preliminare – La Corte di Cassazione, nell'ambito di un procedimento concernente il fallimento di un soggetto promissario venditore di un immobile, ha ribadito il principio per cui il promissario acquirente “*può pretendere la stipulazione del contratto traslativo della proprietà solo se il curatore, con apposita dichiarazione e con l'autorizzazione di cui all'art. 35, L.F., abbia esercitato, nel senso dell'esecuzione del preliminare, la facoltà di scelta attribuitagli dall'art. 72, comma 4 della legge medesima*”. Conseguentemente, allorquando il curatore manifesti “*la volontà di subentrare nel contratto, viene meno la facoltà di scioglimento prevista dall'art. 72, L.F.*”.

Corte di Cassazione, 2 dicembre 2011, n. 25876.

Procedimento disciplinare e giurisdizione ordinaria – Le Sezioni Unite hanno stabilito la competenza del Tribunale ordinario a giudicare in tema di impugnazioni di delibere del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili concernenti provvedimenti disciplinari emessi dagli Ordini territoriali nei confronti dei propri iscritti. Trattandosi di diritti soggettivi, le Sezioni Unite hanno escluso la competenza del giudice amministrativo, ancorché l'art. 32 del D. lgs. 28 giugno 2005, n. 139, non ricomprenda esplicitamente le delibere in materia disciplinare tra quelle impugnabili innanzi al Tribunale ordinario.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza, 30 dicembre 2011, n. 30785.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Decreto Monti – superprelievo sui beni di lusso

Con l'entrata in vigore del D.L. n. 201/2011, viene incrementato - a decorrere dal 2012 - il livello di tassazione sulle auto di lusso, sulle imbarcazioni e sugli aerei. L'art. 23, comma 21, D.L. n. 98/2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 111/2011), ha introdotto un'addizionale erariale alla tassa automobilistica, per autovetture e autoveicoli per il trasporto promiscuo di persone e cose, con potenza superiore a 225 chilowatt (KW). L'addizionale erariale alla tassa automobilistica, da versare alle entrate del bilancio dello Stato, è pari a 10 euro per ogni kw di potenza del veicolo superiore ai menzionati 225 KW. Per l'anno 2011 l'addizionale doveva essere corrisposta entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze 7 ottobre 2011, che ha disciplinato i dettagli applicativi del prelievo, ed il versamento andava effettuato esclusivamente utilizzando il modello "F24 elementi identificativi".

(D.L. n. 98/2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 111/2011))

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Fondi pensione, gestione in outsourcing senza IVA

Possono fruire del regime di esenzione ai fini IVA, previsto dall'art. 10, comma 1, D.P.R. n. 633/1972, i servizi in outsourcing resi da un soggetto terzo (c.d. service) in relazione alla gestione amministrativa e contabile di un fondo di previdenza complementare. Non preclude l'esenzione dall'IVA la circostanza che tali servizi siano forniti mediante strumenti elettronici, purché gli stessi possano essere considerati un "insieme distinto, valutato globalmente".

(Risoluzione Agenzia delle Entrate 29/11/2011, n. 114/E)

Abilitazione ai servizi telematici per i cittadini – Rilascio PIN

L'Agenzia delle entrate ha fornito gli indirizzi operativi per il rilascio del codice PIN per l'utilizzo dei servizi telematici. In particolare, nell'ottica della semplificazione dei rapporti con i contribuenti, si intende dare impulso all'utilizzo dei servizi telematici con la finalità di ridurre e razionalizzare l'afflusso di contribuenti presso gli uffici. Inoltre sono introdotte delle novità relativamente alle procedure di consegna ai cittadini delle credenziali di accesso ai servizi telematici, già

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

disciplinate dalla circolare n. 81 del 21 aprile 2000, e alle modalità di conferimento della delega a soggetti incaricati.

(Circolare Agenzia delle entrate n. 54/E del 21 dicembre 2011)

Iva - Prestazioni sanitarie rese dalle farmacie

Le prestazioni sanitarie di riabilitazione effettuate, rispettivamente, dalla società per azioni a carico della ASL e da ciascuna cooperativa a carico della società per azioni rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 10, n. 18, del D.P.R. n. 633/1972 e sono, pertanto, esenti.

(Ris. Agenzia delle entrate n. 128/E del 20 dicembre 2011)

Ripporto delle perdite – anche oltre il quinquennio

La nuova disciplina del riporto delle perdite è applicabile anche a quelle maturate nei periodi d'imposta anteriori a quello in corso al 6 luglio 2011. Le perdite realizzate, a partire dal 2006, dai soggetti IRES diversi dagli enti non commerciali sono riportabili in avanti senza limite temporale ma possono essere utilizzate entro il limite dell'80 per cento del reddito degli anni successivi.

(Circolare Agenzia delle Entrate 06/12/2011, n. 53/E)

GIURISPRUDENZA

Abuso del diritto ed elusione – sanzionabilità

Non è incompatibile con i principi e con le norme vigenti sanzionare, con la sanzione amministrativa di cui all'art. 1, D.Lgs. n. 471/1997, che punisce chi indica in dichiarazione una imposta inferiore a quella dovuta, le condotte di elusione analiticamente codificate nell'art. 37-bis, D.P.R. n. 600/1973 poste in essere successivamente alla previsione di tale norma. Limitatamente a tali casi, non sarebbero violati i principi di legalità delle sanzioni.

(Cassazione civile, sez. trib., sentenza 30 novembre 2011, n. 25537)

Procedimento avanti le Commissioni tributarie - in genere

Le indagini svolte dalla Guardia di Finanza, ex artt. 33 D.P.R. n. 600 del 1973, o 52 e 63, D.P.R. n. 633 del 1972, in cooperazione con gli uffici finanziari, aventi ad oggetto ispezioni, verifiche, ricerche ed acquisizione di notizie, hanno carattere amministrativo, per cui devono essere considerate in maniera distinta dagli accertamenti che il medesimo Corpo svolge in qualità di Polizia Giudiziaria, con l'osservanza delle prescrizioni sancite dal codice di procedura penale in merito ai

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

diritti dell'indagato. La mancata osservanza di tali disposizioni non incide, pertanto, sul potere degli uffici finanziari e del Giudice tributario di avvalersi dei risultati di tali indagini, inutilizzabili in sede penale ai fini meramente fiscali.
(*Cassazione Civile, Sez. V, sentenza 16 dicembre 2011 n. 27149*)

Reddito d'impresa - Determinazione

Non è suscettibile di censura, se non per vizi motivazionali, la pronuncia del giudice in relazione alla determinazione del reddito d'impresa sulla base dei dati esposti nel bilancio e non contestati nella fase processuale di merito laddove le medie di computo dei ricarichi differiscano in misura non significativa.
(*Cassazione Civile, Sez. V, sentenza 12 dicembre 2011, n. 26510*)

IVA – Simulazione nei contratti

La simulazione nei contratti e l'intento di sottrarre dei beni all'aggressione di possibili creditori non possono sic et simpliciter essere ricondotti a fattispecie di elusione laddove l'accertamento dell'effettività dell'operazione sia operato dal giudice del merito con valutazione immune da vizi logici e giuridici.
(*Cassazione Civile, Sez. V, sentenza 12 dicembre 2001, n. 26503*)

Lista Falciani - Diniego di accesso

L'art. 2 del DM 603/96 include tra gli atti esclusi dal diritto di accesso i documenti attinenti ad operazioni “di carattere investigativo nei settori istituzionali sviluppati con l'apporto e la collaborazione degli organismi di polizia, fiscali e doganali esteri nonché dei servizi della Commissione dell'Unione europea e di altri organismi comunitari e internazionali.
(*Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 9 dicembre 2011 n. 6472*)

IVA – Violazioni libri e scritture contabili

La disciplina inerente la tenuta delle scritture contabili obbligatorie in modalità informatica deve ritenersi applicabile retroattivamente laddove siano sanzionabili omissioni di carattere formale.
(*Cassazione Civile, Sez. V, sentenza 6 dicembre 2011, n. 26177*)

OSSERVATORIO COMUNITARIO

IVA - Responsabilità solidale del depositario e del proprietario di beni

L'art. 21, n. 3, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, come modificata dalla direttiva del Consiglio 20 dicembre

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

2001, 2001/115/CE, deve essere interpretato nel senso che non consente agli Stati membri di prevedere che il gestore di un deposito diverso dal deposito doganale sia responsabile in solido per il pagamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta per una fornitura di merci, provenienti da tale deposito, effettuata a titolo oneroso dal proprietario delle stesse merci assoggettato a tale imposta, anche qualora il gestore del deposito sia in buona fede o non sia possibile addebitargli alcuna colpa o negligenza.

(Corte di giustizia, sentenza 21 dicembre 2011, causa C-499/10)

Iva – Recupero dell'imposta indebitamente versata

Il principio di effettività non osta ad una normativa nazionale in materia di ripetizione dell'indebito che prevede un termine di prescrizione per l'azione civilistica di ripetizione dell'indebito, esercitata dal committente di servizi nei confronti del prestatore di detti servizi, soggetto passivo dell'imposta sul valore aggiunto, più lungo rispetto al termine di decadenza previsto per l'azione di rimborso di diritto tributario, esercitata da detto prestatore nei confronti dell'amministrazione finanziaria, purché tale soggetto passivo possa effettivamente reclamare il rimborso dell'imposta di cui trattasi nei confronti della predetta amministrazione. Quest'ultima condizione non è soddisfatta qualora l'applicazione di una normativa siffatta abbia la conseguenza di privare completamente il soggetto passivo del diritto di ottenere dall'amministrazione finanziaria il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto non dovuta che egli stesso ha dovuto rimborsare al committente dei suoi servizi.

(Corte di giustizia, sentenza 15 dicembre 2011, C-427/10)

CONVEGNI

Banking Secrecy, Tax Evasion and the "Rubik Agreements"

17 gennaio 2012, 8.45-18.30
Università Commerciale L. Bocconi
Stanza N03, Piazza Sraffa 13
Milano

Credito popolare e crisi dei sistemi finanziari: quali soluzioni virtuose?

19 gennaio 2012, ore 9.00-13.30
Università Cattolica
Aula Magna, Largo A. Gemelli, 1
Milano

"In attesa della riforma fiscale ... la manovra"

Convegno Assolombarda - Assonime

19 gennaio 2012, ore 9.30 –13.00
Assolombarda, Milano

Controlli interni e profili di responsabilità nelle società di capitali

20 gennaio, 2012, ore 8.30
Camera di commercio
Piazza Bovio, Napoli

231 e ambiente

20 gennaio 2012, 09.15 - 14.30
Università Commerciale L. Bocconi
Aula Seminari AS03, via Roentgen 1
Milano

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

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

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

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

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

Vendita esclusiva per abbonamento.

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

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

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

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

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