www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Manuale di Diritto commerciale - Ferri (D + S)

Giurisprudenza (Sapienza - Università di Roma)

Studocu non è sponsorizzato o supportato da nessuna università o ateneo.
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Manuale di Diritto commerciale

C. Angelici - G. Ferri

XV edizione

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Parte prima
L'impresa

Capitolo I
Il sistema del diritto commerciale

Rapporti commerciali e diritto commerciale

Nell'ambito dei rapporti giuridici patrimoniali è possibile individuare una categoria di rapporti che presentano caratteri propri e costanti per cui si differenziano dagli altri rapporti patrimoniali: si tratta dei rapporti che, attengono alla predisposizione di beni o di servizi per il mercato generale.
Questa categoria di rapporti assume la denominazione di **rapporti commerciali**, e in conseguenza il **diritto commerciale** viene denominato il complesso delle norme giuridiche che li regolano.
La categoria e l'ambito dei rapporti commerciali sono molto ampi. I rapporti commerciali non sono soltanto quelli che attengono al commercio in senso economico, ma sono tutti quei rapporti che, essendo inerenti al soddisfacimento dei bisogni del mercato generale, immediatamente o mediatamente realizzano una funzione intermediaria.
L'**art. 2195** c.c., come l'art. 3 del codice del commercio, ricomprende tra le attività commerciali:

- L'attività intermediaria nella circolazione dei beni;
- L'attività industriale diretta alla produzione di beni e di servizi;
- L'attività di trasporto;
- L'attività bancaria e assicurativa;
- Le attività a queste ausiliarie.

Tale articolo non opera un'unificazione arbitraria di fenomeni economicamente diversi, ma pone in luce quell'aspetto unitario che sussiste in tutti questi diversi fenomeni economici e che assume prevalente rilievo da un punto di vista giuridico.
In tutti questi fenomeni economici infatti sussiste una **funzione intermediaria**, attuantesi attraverso il coordinamento di operazioni contrapposte, in funzione delle esigenze di mercato e in considerazione del risultato economico che deriva dalla intermediazione.
Questa funzione intermediaria può realizzarsi:

- Attraverso il coordinamento di semplici operazioni di scambio.
- Attraverso un sistema di operazioni più complesse.

In ogni caso sono identiche la posizione dell'intermediario, le sue finalità e il risultato della sua attività. È proprio a questa funzione dell'intermediario che il diritto ha riguardo.

Il processo produttivo, se assume rilevanza fondamentale nel campo della tecnica e dell'economia, rimane indifferente nel campo del diritto. Per il diritto non è diversa la posizione di colui che acquisti prodotti finiti per rivenderli sul mercato dalla posizione di colui che acquisti materie prime, da queste ricavi prodotti finiti, e questi rivenda sul mercato.

Rapporti commerciali di organizzazione e rapporti commerciali di attuazione

La **funzione intermediaria** richiede un'attività continuativa e presuppone una organizzazione stabile attraverso la quale attuarsi. Le singole operazioni di intermediazione sono tra di loro collegate. Normalmente la predisposizione di beni e servizi per il mercato generale costituisce l'oggetto di un'attività specializzata e professionale, la quale si estrinseca attraverso una apposita organizzazione.
Da ciò deriva la distinzione tra:

- **Rapporti commerciali di organizzazione**, ossia rapporti attinenti all'organizzazione e all'esercizio professionale dell'attività intermediaria;
- **Rapporti commerciali di attuazione**, ossia i rapporti che sorgono dai singoli atti in cui l'attività intermediaria si concreta).

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tra queste categorie di rapporti vi è un rapporto di interdipendenza:

- L'organizzazione è creata in funzione dell'attività concreta;
- I singoli atti si pongono in funzione dell'organizzazione.

Tuttavia, da un punto di vista giuridico, l'accento della disciplina può ricadere sull'uno o l'altro elemento. Il diritto può cioè assoggettare ad uno speciale regime giuridico i rapporti commerciali, in funzione della particolarità dell'organizzazione e della professione di intermediario o invece in funzione della natura dell'atto di intermediazione o, ancora, in funzione dell'una o dell'altra.

- Alle origini si aveva un **sistema soggettivo**: la commercialità del rapporto era basata sulla posizione di commerciante, e quindi la particolarità della disciplina era in funzione della professione esercitata;
- Successivamente si passò al **sistema oggettivo**: la commercialità del rapporto trovò un fondamento oggettivo nella nozione di atto di commercio, e la particolarità della disciplina si pose così in funzione della speciale natura dell'atto di intermediazione;
- Nel diritto germanico, invece, si applica il **sistema misto**: la commerciabilità del rapporto si basa sull'uno o sull'altro elemento.

Nel sistema italiano vigente, con l'unificazione del codice civile con il codice del commercio, si è tornati in un certo senso all'origine (sistema soggettivo).

L'evoluzione storica del diritto commerciale e l'unificazione legislativa del 1942

Il diritto commerciale è sorto come diritto di classe, come diritto degli iscritti nella *matricula mercatorum*. Con l'affermarsi delle corporazioni si è estesa la competenza anche alle controversie tra iscritti e non iscritti nella *matricula mercatorum,* purché attinenti ad affari commerciali, e infine alle controversie che avessero comunque riferimento con affari di commercio.

L'ambito del diritto commerciale si è allargato man mano che si ampliava la competenza della giurisdizione consolare in funzione della crescente autorità delle corporazioni, ma questi progressivi ampliamenti non hanno modificato la sua sostanziale caratteristica di diritto di classe.

Le esigenze economiche e tecniche hanno assunto in questo lungo periodo un limitato rilievo: il diritto commerciale ha la finalità di assicurare alla classe dei commercianti una posizione di privilegio consistente nell'imporre l'applicazione delle norme da essa elaborate e i giudici da essa prescelti.

Questa situazione di cose è rimasta sostanzialmente immutata sino alla rivoluzione francese. Le stesse ordinanze di Luigi XIV del 1673 e del 1681 si sono mosse nell'ambito del sistema tradizionale, assoggettando alle leggi commerciali e alle giurisdizioni dei consoli gli affari commerciali, compiuti occasionalmente, soltanto in base alla presunzione o alla finzione che coloro che li ponevano in essere fossero commercianti.

Con l'abolizione dei privilegi e delle corporazioni, il diritto commerciale ha perso la sua caratteristica di diritto di classe: nel codice di commercio francese del 1807 alla nozione di commerciante si è aggiunta la nozione di atto di commercio.

Nel codice di commercio francese del 1807 l'ambito del diritto commerciale *è in funzione della giurisdizione commerciale*, con la differenza però che la competenza dei tribunali di commercio si determina non più soltanto in funzione del commerciante, ma anche in funzione dell'atto di commercio.

Le sezioni specializzate istituite presso i tribunali e le corti di appello, alla cognizione delle quali è devoluta la cognizione delle controversie in materia di imprese, risultano essere profondamente diverse dai tribunali di commercio.

Solo nel codice di commercio italiano del 1882 l'aspetto classista del diritto commerciale è scomparso:

- Sono rimasti bensì i tribunali di commercio (che saranno però soppressi subito dopo con la legge 25 gennaio 1888 n. 5174);
- Ma la nozione di atto di commercio ha assunto un rilievo sostanziale oltre che processuale.

Dal lato formale e sostanziale, il diritto commerciale si afferma come un sistema di norme autonomo e, in un certo senso, contrapposto al diritto civile; e l'autonomia si fonda su basi oggettive che consistono:

- Sia nella prevalenza della norma commerciale scritta o consuetudinaria sul diritto civile;
- Sia nell'esistenza di principi generali propri dei rapporti commerciali.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La **professionalità**, nel sistema del codice di commercio, non è senza rilievo, ma è una nozione derivata, mentre il fulcro della disciplina è rappresentato dalla nozione di atto di commercio. I progressi della tecnica commerciale e industriale impongono l'esigenza di una specializzazione e di un'organizzazione. La predisposizione dei beni e dei servizi per i bisogni del mercato è il frutto di un'attività specializzata e professionale che si esplica attraverso organismi, sempre più complessi, all'uopo appositamente creati.
La **nozione di atto di commercio** perde rilievo pratico e cede il passo alla nozione di attività, come serie coordinata di atti, e poi alla nozione di *impresa*. Le stesse basi sulle quali era costruito il Codice di commercio del 1882 vengono ad essere poste in discussione e la stessa autonomia del diritto commerciale contrastata: il dibattito si concluse con l'unificazione legislativa del codice civile del 1942.

- Nei suoi lavori preparatori si pose il problema se dovesse o meno conservarsi un'autonoma disciplina dei rapporti commerciali. E in un primo tempo questo problema fu risolto conservando una disciplina separata. Fu così elaborato il codice di commercio del 1940;
- In un secondo momento prevalse la tesi dell'unificazione del codice civile e del codice del commercio;
- Generalizzati i principi propri dei rapporti commerciali, reso autonomo il codice il diritto della navigazione, il codice di commercio rimaneva svuotato di quegli elementi vitali che ne facevano un corpo organico;
- La collocazione degli istituti nel codice civile o nel codice di commercio dava adito a gravi perplessità e doveva essere spesso risolta in base ad un criterio meramente empirico, con la conseguenza che taluni istituti venivano considerati civili o commerciali soltanto in conseguenza della diversa collocazione della loro disciplina;
- Un punto di riferimento delle diverse norme fu ricercato e posto attraverso la nozione di impresa. L'organizzazione fu elevata a presupposto giuridico della commerciabilità. Nel progetto del codice di commercio il diritto commerciale non si era trasformato in diritto delle imprese; d'altro canto, l'elemento organizzativo poteva costituire un elemento di unificazione, dal punto di vista strutturale.

Si arrivò così alla disintegrazione del codice di commercio e alla collocazione delle diverse disposizioni nel codice civile o nelle leggi speciali.

- Nel **libro del lavoro** fu inserita:
  - La disciplina generale (eccetto alcune disposizioni in tema di capacità);
  - La disciplina dell'azienda e dei segni distintivi;
  - La disciplina delle creazioni intellettuali;
  - La disciplina della concorrenza e dei consorzi.
- Nel **libro delle obbligazioni** fu inserita:
  - La disciplina dei contratti speciali e dei titoli di credito.
- A **leggi speciali** rimasero affidate:
  - La disciplina dei titoli di credito;
  - La disciplina dedicata a imprese particolari come quelle bancarie e assicurative;
  - La disciplina della cambiale;
  - La disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali.

Questa disintegrazione del codice di commercio nel codice civile e in leggi speciali non escluse la possibilità di ricostruire un sistema del diritto commerciale.
Un filo conduttore e un elemento unificatore e, al tempo stesso, differenziatore dei rapporti commerciali rimasto ed anzi si è concretato nella **figura dell'imprenditore commerciale**.
La nozione dell'imprenditore commerciale, pur non coincidendo esattamente con quella di commerciante, ha una sua propria individualità, per la quale si differenzia dall'agricoltore e dal libero professionista. La stessa Carta costituzionale nell'art. 41 ribadisce questa differenziazione considerando l'iniziativa economica separatamente dallo sfruttamento del suolo (art. 44 Cost.).
L'ambito del diritto commerciale si precisa nel senso che esso costituisce il complesso di norme che regolano l'organizzazione e l'esercizio professionale di un'attività intermediaria diretta al soddisfacimento dei bisogni del mercato generale e conseguentemente i singoli atti in cui questa attività si concreta.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il sistema attuale del diritto commerciale

Nell'ordinamento attuale il diritto commerciale è divenuto così soltanto un complesso di norme che regola una speciale categoria di rapporti privati. Si tratta di un complesso di norme che si differenzia per la specialità della materia regolata, e cioè si differenzia in relazione al contenuto.
Le norme del diritto civile si applicano immediatamente in quanto non siano derogate da norme eccezionali o speciali, come norme di uno stesso sistema, non come norme di un sistema diverso.
D'altra parte non sussistono particolari principi propri dei rapporti commerciali, ma sussiste soltanto una particolare regolamentazione che dipende dalla specialità del fenomeno regolato e dagli atteggiamenti che questo assume.
Un sistema del diritto commerciale, nell'attuale stato della codificazione, deve essere costruito attorno alla **figura dell'imprenditore commerciale**.
In tale sistema trovano collocazione le norme:

- Che regolano i rapporti di organizzazione e cioè quelle sull'imprenditore e sull'azienda;
- Sugli ausiliari dell'imprenditore;
- Sull'esercizio associato o collettivo dell'impresa;
- Sulle coalizioni tra imprenditori;
- Su fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo e amministrazione straordinaria.

Tra i rapporti di attuazione, cioè gli atti in cui l'attività dell'imprenditore si concreta, possono sorgere dubbi, poiché:

- Alcuni (come l'assicurazione, le operazioni bancarie, i contratti) presuppongono la persona dell'imprenditore;
- Altri (come la vendita immobiliare, il trasporto, i titoli di credito), invece, pur essendo inerenti ad un'attività imprenditrice, tuttavia non presuppongono la persona dell'imprenditore e possono attuarsi anche al di fuori dell'impresa.

Per questi atti la collocazione in un sistema del diritto commerciale appare discutibile: nel sistema del diritto commerciale vanno considerati e valutati quei riflessi che inevitabilmente si determinano sugli stessi, quando questi si inseriscono in un'attività imprenditrice, e quelle forme che gli atti assumono in conseguenza. In questo campo l'inclusione o l'esclusione dal sistema dipende essenzialmente dall'opinione soggettiva dell'autore.
Vi sono dei campi che per tradizione costante sono stati esplorati esclusivamente dai cultori del diritto commerciale e nei quali pertanto si presenta l'opportunità per i commercialisti di continuare ad occuparsene. Non vi è nulla di male che il commercialista continui ad occuparsi di temi che più propriamente andrebbero trattati in sede di diritto civile generale, in quanto il diritto commerciale si inquadra nel sistema del diritto civile.

I **rapporti di organizzazione** non sono fini a sé stessi, ma si pongono in funzione di un'attività concreta, e cioè di quei rapporti che sono chiamati di attuazione: in un sistema di diritto commerciale non può pertanto prescindersi dalla considerazione di questi atti, siano essi tipici della funzione intermediaria o siano invece comuni ad altri campi dell'attività umana.

Iniziativa economica e controllo pubblico

Il sistema del diritto commerciale non può essere esattamente inteso se non si tiene conto altresì della evoluzione che si è verificata nei principi generali.
La **concezione liberistica** dello Stato si incentrava sul principio dell'assoluta autonomia dell'iniziativa economica dalla organizzazione politica.
Il processo economico, secondo questa concezione, deve autoregolarsi sulla base delle proprie leggi naturali, imperniate sul principio della domanda e dell'offerta, e lo Stato deve evitare qualsiasi intervento che possa turbare il libero determinarsi delle conseguenze.
Questa concezione si puntualizza in due aspetti fondamentali:

1. Affermazione del principio di libertà di iniziativa economica;
2. Esclusione dai compiti istituzionali dello Stato non soltanto di ogni esercizio diretto di un'attività economica, ma anche di ogni funzione regolatrice del processo economico.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il **principio dell'autoregolamentazione del processo economico** ha trovato peraltro ben presto in pratica correzioni ed attenuazioni notevoli:

- Da un lato, l'organizzazione delle forze di lavoro e poi l'organizzazione delle forze capitalistiche hanno reso in più sensi inoperante il principio della domanda e dell'offerta;
- Dall'altro, l'ingigantirsi della riorganizzazione economica ha determinato l'interessamento dello stato nel settore economico.

Le rigide concezioni liberistiche sono state abbandonate e si è passati da un processo economico autoregolantesi sulla base di proprie leggi ad un processo economico corretto e diretto dallo Stato.

Fin quando l'intervento dello Stato si è limitato a modificare le condizioni ambientali nelle quali l'imprenditore opera, al fine di indirizzare l'iniziativa economica in una determinata direzione, il principio della concezione giuridica liberale rimane integro. Con questi atti autoritativi infatti non si incide sulla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore.

Le **basi giuridiche** della concezione liberale si modificheranno quando si passerà dalla concezione individualistica dell'impresa economica alla concezione sociale di questo istituto. Con questo passaggio, si viene a porre in discussione la stessa legittimità dei principi che sono alla base della concezione liberale.

L'**individuo**, dovendo svolgere un'attività utile socialmente oltre che individualmente, non può agire a suo arbitrio, non può fare ciò che vuole e come vuole, ma deve fare ciò che è socialmente necessario e deve farlo in quei modi in cui è necessario per soddisfare i bisogni della collettività.

Lo **Stato** ha il compito di soddisfare i bisogni, non può quindi disinteressarsi dell'attività economica, ma anzi si presenta come la organizzazione sociale più idonea ad esercitare un'attività di interesse collettivo.

La concezione sociale dell'impresa economica può portare addirittura all'abrogazione della proprietà privata dei mezzi di produzione e della iniziativa economica privata.

In questa situazione interviene la Carta costituzionale:

- L'**art. 41** sancisce il principio che l'iniziativa economica privata è libera, ma aggiunge che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana;
- L'**art. 43** prevede che, ai fini di utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Naturalmente nella Costituzione è posto il principio; le sue applicazioni sono condizionate dalle scelte del legislatore.

Nel momento attuale, pur essendo frequenti gli interventi diretti dello Stato, imprese pubbliche e imprese private devono coesistere in uno stesso sistema economico, operando talora singolarmente e talora associate, in un regime di libera iniziativa economica e di libera concorrenza. Il principio è affermato dall'art. 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, quando dichiara applicabili le regole antitrust sia alle imprese private che a quelle pubbliche. Esso è richiamato dalla stessa Costituzione quando riconosce sul punto la competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Non mancano, tuttavia, sensibili limitazioni all'iniziativa privata.

Non sono mancati neppure accenni a fenomeni di dirigismo economico. Si pensi alle diverse leggi contenenti provvedimenti per il mezzogiorno; alle leggi per lo sviluppo dell'economia; alle leggi per l'incremento dell'occupazione.

Queste leggi hanno imposto l'obbligo di investire parte dei capitali nel territorio del mezzogiorno.

L'evoluzione successiva ha assunto una diversa direzione.

- Da un lato il CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica) ha risentito del passaggio da un sistema di programmazione generale ad un sistema di programmazione settoriale. Ne è derivato un decentramento di poteri che spesso si risolve in un loro frazionamento;
- Da un altro lato la tendenza a procedere, anche per motivi di bilancio dello Stato, ad una privatizzazione delle imprese pubbliche e ad una loro trasformazione in società per azioni di diritto comune ha comportato una riduzione del ruolo stesso del settore pubblico quale possibile strumento di programmazione dell'economia.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Da ultimo, si è assistito ad una sorta di riaffermazione dei principi del liberalismo economico. La constatazione della globalizzazione dell'economia:

- Ha accentuato la competitività dei diversi sistemi nazionali;
- Ha imposto l'adozione di soluzioni normative in grado di ridurre i vincoli che potrebbero influire negativamente su tale scelta;

È presente, quindi, una tendenza alla riduzione della funzione dirigistica dello stato.

L'ordinamento europeo

Il sistema vigente del diritto commerciale ha trovato la sua prima realizzazione con l'istituzione della CECA, della CEEA e della CEE, successivamente sostituite dalla Comunità europea costituita con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, che ha contestualmente istituito un'**Unione europea**: la quale risulta fondata sul TUE e sul TFUE.

Proprio perché l'ordinamento dell'Unione europea integra l'ordinamento interno e l'integrazione riguarda l'attività economica, le sue strutture e i rapporti tra gli imprenditori, esso permea gli istituti del diritto commerciale e attribuisce ad essi un rilievo europeo.

Sotto questo profilo assumono particolare rilievo tre ordini di iniziative:

1. Quella consistente nella elaborazione di un diritto europeo accanto a quello proprio dei singoli Stati delle comunità;
2. Quella consistente nell'armonizzazione delle legislazioni interne dei singoli Stati, in modo che, anche sotto l'aspetto giuridico, gli operatori economici trovino una tutela giuridica equivalente;
3. Quella consistente nella ricerca di una disciplina uniforme sulla base di una convenzione universale.

Al fine della instaurazione progressiva del **mercato interno europeo**, il Consiglio dell'Unione europea, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'influenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune (art. 115 TFUE).

L'instaurazione di un unico mercato nel quale sono chiamate ad operare liberamente le imprese di tutti i paesi dell'unione assume un rilievo decisivo sotto l'aspetto economico.

Durante questo periodo di transizione e nei limiti resi possibili dalla situazione politica si è dovuto aver cura di eliminare quei limiti che sono posti alle imprese italiane e non sono posti invece alle imprese degli altri Paesi dell'Unione e di creare anche tra noi condizioni analoghe di mercato. È infatti da tener presente che il presupposto dell'instaurazione del Mercato interno europeo è che le imprese dei singoli Paesi dell'Unione si trovino in posizione di parità concorrenziale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo II
L'impresa e l'attività dell'imprenditore

L'impresa economica e l'imprenditore

La predisposizione dei beni e dei servizi per il mercato generale è l'oggetto di un'attività specializzata e professionale, la quale si esplica attraverso organismi economici appositamente predisposti. Questi organismi economici, che si concretano nella organizzazione dei fattori della produzione e che si propongono per il soddisfacimento dei bisogni altrui, assumono il nome di **imprese**.

L'**impresa**:

- Si presenta come una organizzazione di elementi personali e reali operata in funzione di un risultato economico e attuata in vista di un intento speculativo da una persona, la quale appunto assume il nome di **imprenditore**;
- È un organismo economico: si basa cioè su una organizzazione fondata su principi tecnici e su leggi economiche che ne proporzionano i vari elementi, ne improntano la struttura, ne regolano gli sviluppi e ne assicurano l'efficacia e la produttività;
- È composta di elementi i quali assurgono ad unità in considerazione della funzione che li collega e dell'attività creatrice dell'imprenditore che li combina;
- È ricollegata alla persona dell'*imprenditore*. Il funzionamento e l'efficacia dell'impresa sono sempre collegati all'attività di chi presiede alle sue sorti e cioè alla personalità dell'*imprenditore*.

L'individuazione della persona dell'imprenditore non è tuttavia sempre agevole. La persona dell'imprenditore si contrappone a quella del capitalista e a quella del lavoratore. Normalmente l'imprenditore è anche capitalista.
L'imprenditore svolge anche esso un'attività che non è soltanto organizzativa, ma è anche tecnica. L'imprenditore è esso stesso un servitore dell'impresa e lo stesso codice pone la figura dell'imprenditore sotto il titolo "Del lavoro nell'impresa".

I due elementi che servono a caratterizzare l'**imprenditore** sono:

- L'**iniziativa**, ossia il potere di determinare nella fase organizzativa le basi strutturali dell'impresa e in sede di esercizio l'indirizzo della sua attività;
- Il **rischio**, ossia la sopportazione di tutti gli oneri inerenti all'organizzazione dell'impresa.

Per l'attuazione dei suoi compiti l'imprenditore può avvalersi della collaborazione temporanea o duratura di altri soggetti, ma già nella scelta dei collaboratori è dato ravvisare una sua determinazione del potere di iniziativa.

Le alee favorevoli o sfavorevoli inerenti all'esercizio della impresa possono rifluire a carico del capitalista o dei lavoratori. Ciò avviene quando:

- La remunerazione del capitale o dei lavoratori si attua sulla base di una partecipazione agli utili;
- Pur essendo compiuta la determinazione del corrispettivo spettante al capitalista o al lavoratore, tuttavia l'imprenditore, a causa dei risultati dell'esercizio di impresa, non sia più in grado di far fronte agli impegni assunti nei loro confronti.

L'incidenza dell'alea inerente all'esercizio dell'impresa rispetto all'imprenditore è immediata e diretta, mentre nei confronti degli altri soggetti è indiretta.

Al potere di iniziativa dell'imprenditore può essere riconosciuta una maggiore o minore ampiezza.
Si sono manifestate tendenze volte a rivendicare a favore dei lavoratori non soltanto il diritto ad una più adeguata più adeguata partecipazione agli utili dell'impresa, quanto il diritto di partecipare al potere stesso di iniziativa dell'imprenditore.
Il principio del diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione dell'azienda è espressamente sancito nell'art 46 della carta costituzionale. Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione dell'impresa costituisce uno dei profili caratteristici della struttura della società europea (SE) e della società cooperativa europea (SCE).

Profili di rilevanza giuridica dell'impresa economica: impresa e azienda

L'impresa come **organismo economico** non è irrilevante per il diritto. Il diritto non soltanto disciplina i rapporti intersoggettivi che si rendono necessari per l'esercizio dell'impresa, ma considera l'impresa come tale e sotto diversi profili la disciplina e la tutela.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Non tutti gli aspetti dell'impresa vengono però in considerazione per il diritto. L'aspetto più interessante da un punto di vista economico, e cioè il fenomeno produttivo, rimane irrilevante per il diritto fin quando rimane circoscritto nell'ambito di una sola persona. I successivi passaggi dalla materia al prodotto finito, i successivi spostamenti della merce per farla pervenire al mercato sfuggono alla regolamentazione giuridica, mentre costituiscono l'elemento fondamentale della tecnica e dell'economia dell'impresa.

Tra le varie categorie di atti di commercio sono infatti comprese le diverse categorie di imprese economiche. L'impresa era considerata come atto di commercio in quanto realizzava un atto di intermediazione a scopo speculativo. Con ciò la nozione giuridica di impresa assumeva un proprio contenuto si differenziava dalla nozione economica, risultando al tempo stesso più ampia e più ristretta:

- Più ampia in quanto nella nozione giuridica di impresa si comprendevano anche gli atti di impresa isolati che non davano luogo alla creazione di un organismo produttivo;
- Più ristretta in quanto nella nozione giuridica di impresa non rientravano quegli organismi produttivi i quali non realizzavano un'intermediazione a scopo speculativo.

Il codice civile del 1942 è improntato a principi essenzialmente diversi: non considera l'impresa, ma l'imprenditore e la nozione di impresa come attività si ricava dalla definizione di imprenditore. L'impresa è l'attività dell'imprenditore.

Dal punto di vista giuridico l'impresa assume rilevanza soltanto per ciò che tocca la sfera giuridica di altri soggetti, e diversi possono essere i profili sotto i quali tale rilevanza si determina. Così l'impresa viene in considerazione:

A. In quanto essa è espressione dell'attività dell'imprenditore. L'esercizio di questa attività viene assoggettato a precise norme, le quali pongono particolari obblighi. A questa categoria di norme appartengono:
    - Le disposizioni sulle imprese commerciali e sulle altre imprese soggette a registrazione;
    - Le disposizioni sulle società e sull'associazione in partecipazione;
    - Le disposizioni sulle procedure concorsuali;
    - Le norme per la tutela della concorrenza e del mercato.
B. In quanto in essa si concreta l'idea creativa dell'imprenditore alla quale la legge intende apprestare tutela. A questo profilo si ricollegano:
    - Le disposizioni sulla repressione della concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.);
    - Le disposizioni sulla tutela dei segni distintivi (artt. 2563-2574 c.c.);
    - Le disposizioni sui brevetti industriali (artt. 2584-2594 c.c.).
C. In quanto attraverso l'organizzazione si determina una combinazione di cose in funzione dell'unitarietà della destinazione economica dalla quale deriva l'applicazione di particolari principi. A questo profilo si ricollegano le norme sull'azienda, sul trasferimento della titolarità o della gestione di essa (artt. 2555-2562 c.c.).
D. In quanto, nell'ambito della organizzazione economica si realizza una formazione sociale nella quale collaborano imprenditore e lavoratori e nella quale i rapporti tra l'uno e gli altri assumono una particolare conformazione, per cui non soltanto il lavoratore è tenuto all'osservanza di determinate regole, ma lo stesso imprenditore deve informare la sua azione a determinate direttive fondamentali. A questo profilo si ricollegano:
    - Le disposizioni che prevedono l'applicazione del principio gerarchico nell'ambito dell'impresa;
    - Le disposizioni che impongono al lavoratore l'obbligo di fedeltà;
    - Le disposizioni che prevedono l'applicazione di sanzioni disciplinari a carico del lavoratore in caso di inosservanza dei suoi doveri;
    - Le disposizioni contenute nello statuto dei lavoratori a tutela della libertà e della dignità del lavoratore, e della sua libertà e dell'attività sindacale.

In tutte le norme sopra richiamate, la nozione di impresa è presupposta.

Per il diritto l'impresa non assurge ad organismo unitario ed autonomo né da un punto di vista soggettivo né da un punto di vista oggettivo.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Considerata come **attività**, cioè sotto un profilo dinamico, l'impresa si ricollega alla persona dell'imprenditore che svolge l'attività.

- La disciplina giuridica dell'impresa è pertanto la disciplina dell'attività dell'imprenditore;
- La tutela giuridica dell'impresa è tutela giuridica di questa attività.

Considerata nel suo **aspetto patrimoniale**, e cioè nel suo aspetto statico, l'impresa è una combinazione di beni in vista di uno scopo economico, produttivo e lucrativo al tempo stesso.
L'unità della destinazione economica è rilevante per il diritto. L'unificazione permane fin quando permane la volontà dell'imprenditore di destinare i beni alla organizzazione produttiva e il suo effetto più rilevante si attua nel caso di trasferimento della titolarità o del godimento dell'azienda. Fin quando il complesso di beni rimane nel patrimonio dell'imprenditore, esso non assurge a patrimonio separato, ma si confonde con gli altri beni dell'imprenditore e insieme con questi costituisce la garanzia dei debiti dell'imprenditore.
Neppure in caso di trasferimento della titolarità o del godimento dell'azienda l'unificazione va al di là di quello che si attua nella universalità di mobili, in quanto i rapporti che sono inerenti all'impresa passano in base ad una volontà dichiarata o presunta nell'atto di trasferimento (artt. 2558-1560 c.c.).
Considerata come **organizzazione** in atto, e cioè come complesso di apparati e di regole concretamente preposti al suo funzionamento, l'impresa ha una sua individualità e una sua obiettività e costituisce una entità organica basata su un principio ordinante e su un principio gerarchico, i quali, se anche trovano la loro origine nel potere di iniziativa dell'imprenditore, sono giuridicamente rilevanti.
Indubbiamente questo potere ordinante dell'imprenditore trova il suo presupposto necessario nei rapporti intersoggettivi correnti tra l'imprenditore e i suoi collaboratori e cioè nei rapporti di lavoro, ma gli atti, in cui questo potere ordinante si concreta, sono in funzione della posizione soggettiva che compete all'imprenditore sulla base del rapporto di lavoro, anche se tra le due posizioni vi è indubbiamente un rapporto di interdipendenza.
Più che di una nozione giuridica di impresa è opportuno parlare di **profili giuridici dell'impresa economica**; tali profili, seppur possono essere diversi, non costituiscono che diversi aspetti del medesimo fenomeno, vale a dire l'impresa.
Nel sistema della legge, i profili giuridici dominanti sono quelli dell'impresa come **attività** e dell'impresa come **complesso di beni** destinati a uno scopo produttivo. Intorno a questi due profili fondamentali si dispongono tutte le diverse norme contenute nel codice, anche se non sempre è possibile distinguere nettamente se le singole disposizioni siano inerenti all'uno o invece all'altro profilo.
Nel sistema del codice, questi due profili sono nettamente distinti e quasi contrapposti: ad essi corrisponde addirittura una diversa nomenclatura, parlandosi:

- Di ***impresa*** rispetto all'*attività*;
- Di ***azienda*** rispetto *al complesso di beni*.

Impresa e azienda non sono che aspetti dell'impresa economica, e pertanto soltanto attraverso la loro considerazione complessiva si può ricavare una nozione sufficientemente esatta dell'impresa.

L'attività dell'imprenditore costituisce soltanto un aspetto dell'impresa economica, così come ne costituisce soltanto un aspetto il complesso di beni destinati allo scopo produttivo. L'attività organizzativa dell'imprenditore non può attuarsi in mancanza di un complesso di beni con cui operare, e d'altra parte il complesso dei beni in tanto assurge ad azienda, in quanto sia vivificato dall'attività organizzatrice dell'imprenditore. Questa complementarietà tra i due aspetti risulta infatti evidente dalle stesse formule legislative:

- L'art 2082 c.c. prevede che l'organizzazione della attività è un presupposto della nozione di imprenditore.
- L'art 2555 c.c. prevede che l'organizzazione dei beni è un elemento della nozione di azienda.

Ogni tentativo pertanto di scindere questi due concetti è destinato a naufragare.

Se tuttavia si vuole ricercare quale tra i due aspetti assuma, da un punto di vista giuridico, una posizione preminente, non sembra dubbio che questa debba essere riconosciuta **all'attività**: questa non solo crea e caratterizza l'azienda, ma crea gli apparati e pone le regole che debbono presiedere al suo funzionamento.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

E se nella realtà economica il complesso dei beni assume un rilievo determinante, sotto l'aspetto giuridico è proprio l'organizzarsi dell'attività attraverso un complesso di apparati e di regole che assume decisivo. **Attività organizzata** nel dettato legislativo è attività che si realizza attraverso determinati apparati e determinate regole di svolgimento e cioè attraverso la collaborazione di altri soggetti che, tutti, operano in funzione della realizzazione di un fine unitario, come si evince del resto dagli artt. 2082-2083. L'**organizzazione** riguarda l'attività e non i beni: la differenziazione tra impresa e piccola impresa trova il suo fondamento nel modo diverso di organizzazione dell'attività.

L'impresa come attività economica e come attività professionale

Secondo l'**art. 2082** c.c. l'**imprenditore** è colui che esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi.

1. **L'impresa è anzitutto attività economica**: l'esercizio di attività non economiche non costituisce impresa, né chi lo esercita è imprenditore.
   Nel sistema del codice civile non è imprenditore il medico o l'avvocato, e in genere chi esercita le cc.dd. arti liberali, anche se l'esercizio della professione implica necessariamente una organizzazione stabile. L'art. 2238 prevede che soltanto quando l'esercizio della professione intellettuale si inserisce in un'attività economica organizzata vi può essere impresa.
   Anche se le arti liberali non sono qualificate come attività imprenditoriali, ciò non impedisce che pure ad esse sia possibile applicare frammenti della disciplina pensata per l'impresa.
   La tendenza alla tutela del consumatore ha condotto a precisare che essa si applica nei confronti di una più ampia figura definita come professionista e quindi si applica anche nei confronti dei professionisti.
2. **L'impresa è in secondo luogo attività professionale**.
   L'elemento della professionalità è presupposto essenziale dell'impresa non meno che dell'imprenditore: il che assume rilevanza sotto un duplice punto di vista:
   - Per un verso non è impresa un'attività isolata, anche se per l'attuazione di questa attività è necessaria un'organizzazione di capitale e lavoro: ad esempio, chi una volta tanto organizza uno spettacolo pubblico non è imprenditore e non attua un'impresa.
     Lo stabilire se si tratta di una attività professionale o di un'attività occasionale può presentare difficoltà.
     Per **professione** si intende un costante e normale indirizzo delle proprie attività pratiche, le quali possono avere un diverso ciclo di svolgimento, essere continuative o invece stagionali o periodiche.
     L'esercizio professionale non richiede né che l'attività abbia una determinata durata o sia esclusiva.
     Si può parlare di **attività occasionale** solo quando l'attività organizzata si svolge accidentalmente e l'organizzazione esaurisce la sua funzione nel compimento dell'atto per cui fu creata.
   - Per altro verso non è impresa l'attività economica organizzata per il soddisfacimento dei propri bisogni. Chi produce per sé non è imprenditore, qualunque sia la complessità dell'organizzazione.
     Manca in questo caso l'elemento della professionalità, il quale illumina gli scopi dell'organizzazione (produzione o scambio di beni o servizi) fissati nella definizione dell'imprenditore. È pertanto inammissibile parlare di impresa per conto proprio.

Nelle persone giuridiche pubbliche e private l'elemento della professionalità può essere insito nel fatto stesso della costituzione. Quando infatti una società o un ente pubblico si costituisce con lo scopo esclusivo o principale dell'esercizio di un'attività economica, non vi è necessità di ricorrere ad ulteriori elementi per affermare il carattere professionale di tale attività.
Ciò spiega perché la legge qualifica **imprenditori** le società e gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività economica e li considera tali fin dal momento della loro costituzione e a prescindere dall'esercizio effettivo dell'attività imprenditrice.
Rispetto agli enti pubblici la **qualifica di imprenditore** è riservata a quegli enti che hanno come scopo istituzionale esclusivo o principale l'esercizio di un'attività economica.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per le persone giuridiche private, invece, in mancanza di un regime particolare, di fronte all'esercizio professionale di un'attività economica, è lo **statuto generale dell'imprenditore**. Solo che, quando la persona giuridica svolga una pluralità di attività, a tal fine non è più sufficiente la previsione in sede di costituzione, ma è necessario l'esercizio effettivo dell'attività economica.

L'essenzialità dell'elemento della professionalità per la nozione di impresa è posta in dubbio da qualche scrittore, il quale vorrebbe riferire questo elemento soltanto all'imprenditore. L'intima connessione tra imprenditore e impresa è posta in evidenza da una serie di disposizioni. Nel comma 3 dell'art. 2070 c.c. si pone in luce che vi può essere un'attività organizzata non esercitata professionalmente, ma che questa non è impresa. L'articolo stabilisce che: *quando il datore di lavoro esercita non professionalmente un'attività organizzata, si applica il contratto collettivo che regola i rapporti di lavoro relativi alle imprese che esercitano la stessa attività.*

L'impresa come attività organizzata: impresa e piccola impresa

3. **L'impresa è in terzo luogo attività organizzata**. Questa attività si realizza attraverso la collaborazione di altri soggetti e si attua sulla base di un principio organizzativo. Se manca l'organizzazione non vi è impresa.

Da un punto di vista giuridico non è sufficiente una qualsiasi organizzazione dei fattori produttivi, ma è necessario che questa organizzazione assuma determinati caratteri e una determinata oggettivazione. In definitiva, un principio di organizzazione sussiste in ogni attività professionale: se ci si dovesse accontentare anche di un minimo di organizzazione si dovrebbe concludere che impresa è equivalente di attività professionale.

Senonché, l'art. 2083 c.c. considera la piccola impresa accanto all'impresa vera e propria e con ciò pone un limite alla nozione di impresa.

Sia con riferimento all'impresa sia con riferimento alla piccola impresa la legge parla di **professionalità** e di **organizzazione**: in entrambi i casi, oltre alla professionalità, occorre un'organizzazione, ma l'organizzazione presenta caratteri diversi nell'una e nell'altra ipotesi ed è con riferimento a questa diversità che si pone la distinzione tra impresa e piccola impresa.

Per quanto concerne l'**impresa**:

- È attività che si esplica in un organismo produttivo;
- È attività di organizzazione al fine della realizzazione di un reddito;
- L'attività organizzatrice dell'imprenditore non può attuarsi in mancanza di un complesso di beni con cui operare;
- Elemento qualificante dell'impresa è che l'attività si esplica in un organismo economico, che ha propria autonomia economica indipendente dalla persona che lo ha creato o che in un dato momento presiede al suo funzionamento.

La **piccola impresa**, invece:

- È attività personale del soggetto che si avvale di determinati mezzi;
- È attività esecutiva, più che di organizzazione.

Tra **impresa** e **piccola impresa** corrono diverse **differenze**:

1. Una profonda differenza sussiste tra l'ipotesi in cui l'organizzazione è soltanto un mezzo per l'esplicazione della propria attività personale e l'ipotesi in cui obiettivamente esiste un organismo economico, il quale ha tuttavia una propria capacità produttiva e può staccarsi dalla persona che lo ha creato. Questa differenza ha riflessi nell'ordine giuridico. Già nell'ordinamento sindacale la posizione del lavoratore autonomo è profondamente diversa da quella dell'imprenditore.
    a. Nell'**impresa** l'organismo economico assume un rilievo preminente;
    b. Nella **piccola impresa** è invece l'attività personale del soggetto che prevale.

   Nella **piccola impresa** vi è attività professionale, ma non vi è azienda, non vi è un'entità obiettiva, avente una propria autonomia economica e cioè una propria produttività, indipendentemente dalla persona che in un dato momento presiede al suo funzionamento.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

2. L'elemento teleologico è diverso nell'impresa e nella piccola impresa:
    a. Nell'**impresa** l'organizzazione è il mezzo per la realizzazione del fine economico che l'imprenditore si propone di realizzare attraverso la predisposizione dei beni e dei servizi per il mercato generale;
    b. Nella **piccola impresa** l'organizzazione è il mezzo per lo svolgimento della propria attività lavorativa.
3. La **piccola impresa** è fuori dalla nozione di impresa, ad essa non si applicano i principi che sono propri dell'impresa. Sotto taluni aspetti, la inapplicabilità ai piccoli imprenditori delle disposizioni di legge riguardanti l'imprenditore è espressamente enunciata: così ad esempio per quanto riguarda l'iscrizione nel registro delle imprese, la tenuta delle scritture contabili e il fallimento. Tuttavia, anche in mancanza di una norma espressa, la inapplicabilità delle disposizioni relative all'imprenditore deve affermarsi ogni volta che dalla disposizione non risulti che il precetto non è in relazione alle dimensioni o alle caratteristiche dell'impresa.
4. La differenza tra impresa e piccola impresa è innanzitutto una **differenza quantitativa** e ciò si desume dalla stessa terminologia legislativa; tuttavia la differenza essenziale non è quantitativa ma **qualitativa**.
   L'art 2083 c.c. infatti non fissa un limite dimensionale per distinguere l'impresa dalla piccola impresa, ma ricomprende nella categoria dei piccoli imprenditori:
    a. I coltivatori diretti del fondo;
    b. Gli artigiani;
    c. I piccoli commercianti;
    d. E, in genere, coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.

In base all'art. 2083 la **nozione di piccolo imprenditore** si incentra sul criterio della prevalenza del lavoro proprio del piccolo imprenditore. Perciò è necessario approfondire in che cosa consiste questa differenza di posizione e rispetto a quale elemento il lavoro proprio debba essere prevalente: se rispetto al lavoro altrui, al capitale investito, all'organizzazione o all'insieme di tutti questi elementi.

Secondo una dottrina la prevalenza dovrebbe sussistere sia rispetto al lavoro altrui sia rispetto al capitale investito. Tuttavia questo criterio non è sufficiente a porre una netta distinzione tra impresa e piccola impresa. Questo criterio non sembra sostenibile alla stregua della legislazione speciale riguardante le categorie di piccoli imprenditori individuate.

Queste leggi speciali non consentono di riferire la prevalenza del lavoro proprio del piccolo imprenditore al lavoro altrui, ad es.*: rispetto al coltivatore diretto addirittura si ammette espressamente che il lavoro proprio e dei familiari possa rappresentare solo un terzo di quello necessario alla coltivazione del fondo.*

Da tali disposizioni, d'altra parte, non è dato desumere la prevalenza del lavoro del piccolo imprenditore rispetto al capitale investito, perché a questo criterio si fa ricorso solo con riferimento alle imprese artigiane costituite in forma di società.

Se pertanto nella determinazione del concetto di piccolo imprenditore si tiene conto sia delle disposizioni del codice, sia delle disposizioni delle leggi speciali ci si accorge immediatamente che la prevalenza del lavoro proprio va riferita non solo e non tanto al lavoro altrui e al capitale investito, ma anche e soprattutto all'organizzazione.

Questa è soltanto un elemento accessorio: l'organizzazione è un elemento che può esservi o non esservi, ma, quando c'è, è contenuto in limiti tali da non trasformare il lavoratore autonomo in imprenditore, e cioè l'attività da esecutiva in organizzativa. Non a caso nella legislazione speciale si insiste nel porre come connotato della figura del piccolo imprenditore quello della sua partecipazione diretta all'attività esecutiva, anche se di carattere manuale.

Il parallelo previsto dall'art. 2238 c.c., il quale prevede la situazione di colui che esercita una professione intellettuale, è perfetto: anche qui non basta l'adozione di mezzi tecnici o l'ausilio di collaboratori per trasformare l'attività professionale in attività imprenditoriale, ma occorre che questa attività professionale si inserisca in un organismo economico.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'impresa familiare

L'**impresa familiare** (art. 230 *bis* c.c.), introdotta con la l. n. 151/1975, è un'impresa che si attua nell'ambito della famiglia con la collaborazione di familiari che fanno parte della famiglia (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado) e che svolgono in modo continuativo un'attività di lavoro sulla base di un rapporto di famiglia e non di un rapporto di lavoro subordinato.
Si tratta di un *istituto residuale*: esso presuppone che i familiari facciano parte della famiglia, e cioè convivano, e che essi svolgano un'attività nell'ambito della famiglia.

L'impresa familiare ha punti di contatto sia con la piccola impresa, sia con la comunione tacita familiare.

- Ha punti di contatto con la piccola impresa in quanto postula l'esercizio di un'attività professionale organizzata, sia pure in modo esclusivo, con il lavoro proprio e dei familiari.
- Ha punti di contatto con la comunione tacita familiare perché si pone tra persone legate da vincoli di parentela o di affinità che vivano in comunione di tetto e di mensa, di lavoro e di interessi, si fonda sull'*affectio familiae* e ha uno scopo più ampio di quello economico, e cioè anche quello dell'assistenza morale, spirituale e materiale.

La legge riconosce ai singoli familiari che prestano la loro attività:

1. Il **diritto al mantenimento**;
2. Il **diritto alla partecipazione agli utili** e **agli incrementi patrimoniali** realizzati attraverso l'esercizio dell'impresa, in proporzione della qualità e della quantità di lavoro prestato. Il diritto di partecipazione agli utili è intrasferibile salvo che il trasferimento si attui con il consenso di tutti i partecipanti a favore dei familiari che rientrino nella categoria prevista dalla legge.
3. Un **potere di codeterminazione** con l'imprenditore per quanto riguarda:
   a. L'impiego degli utili e degli incrementi;
   b. La gestione straordinaria;
   c. Gli indirizzi produttivi;
   d. La cessazione dell'impresa (da esercitare mediante una deliberazione di maggioranza).

   Essendo la posizione dei familiari quella di collaboratori dell'imprenditore che prestano un'attività di lavoro, si può parlare solamente di **potere di codeterminazione**: questi, in determinati settori, possono condizionare le scelte dell'imprenditore attraverso una deliberazione di maggioranza, ma certo non possono sostituirsi all'imprenditore e imporgli le proprie determinazioni. L'impresa familiare rimane perciò un'**impresa individuale**.
4. Il **diritto di prelazione sull'azienda**, che si atteggia in conformità di quello previsto nell'art. 732 c.c., in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda.

L'impresa e lo scopo di lucro

Non è sufficiente, perché si abbia un'impresa, un qualsiasi intento egoistico. L'impresa presuppone un **intento economico qualificato**, quello della realizzazione di un guadagno, e cioè di un incremento patrimoniale attraverso l'esplicazione di un'attività economica. L'elemento teleologico assume una importanza determinante per la differenziazione delle imprese dalle altre organizzazioni economiche.

Es. → *Una organizzazione a scopo artistico non è impresa né in senso economico né in senso giuridico, così come non sono imprese quelle organizzazioni economiche che si pongono un obiettivo economico che non è quello della produzione di un reddito.*

Lo **scopo di lucro** non può essere inteso come equivalente di intento speculativo, e cioè come intento dell'imprenditore di sfruttare la propria iniziativa economica a danno dei lavoratori e dei consumatori, e soprattutto, non si deve confondere l'intento lucrativo con le modalità di devoluzione dell'utile una volta realizzato: deve mantenersi una ferma distinzione tra lucro *oggettivo e lucro soggettivo.*
Perché vi sia impresa è necessario che l'organizzazione sia diretta a **produrre ricchezza**, non meramente ad erogarla: non è indispensabile invece che la ricchezza prodotta sia devoluta a chi assume la posizione di imprenditore, che cioè al suo scopo di lucro oggettivo corrisponda anche quello soggettivo.

È possibile che il legislatore preveda ipotesi di imprese senza scopo di lucro in senso soggettivo: così, per esempio, nel caso delle società di gestione di mercati regolamentati degli strumenti finanziari.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

È perciò possibile che si abbiano imprese esercitate da **enti pubblici**, rispetto ai quali un intento lucrativo di tipo soggettivo può apparire addirittura estraneo. Gli enti pubblici imprenditori si propongono infatti la produzione di un reddito. L'impresa non può trasformarsi in un'azienda di erogazione, rispetto alla quale rilevi la prestazione di determinati servizi e non anche il costo di produzione.

In questo senso l'art. 3 della legge 22 dicembre 1956 n. 1589 statuiva espressamente che gli enti autonomi di gestione creati al fine di coordinare l'attività imprenditoriale dello stato nei diversi settori economici, dovessero operare secondo *criteri di economicità.*

Operare secondo criteri di economicità significa appunto che nell'esercizio dell'attività imprenditoriale lo Stato deve ispirarsi a quel principio della produzione del reddito che è proprio dell'impresa economica.

Quando lo scopo di lucro sussiste è indifferente che insieme con esso esistano altri intenti egoistici o altruistici: è pertanto perfettamente ammissibile che gli enti pubblici perseguano scopi di pubblico interesse con lo scopo di lucro.

La circostanza che ad assumere rilevanza sia il solo scopo di lucro in senso oggettivo e non necessariamente un intento speculativo, consente di qualificare come imprese anche le **imprese mutualistiche**, la cui caratteristica funzione è appunto quella di eliminare l'intermediario speculante. Anche queste imprese sono dirette alla produzione di una ricchezza, con la peculiarità che, nell'ipotesi di mutualità allo stato puro, essa viene acquisita dai soci mediante i vantaggi conseguiti tramite l'instaurazione di altri rapporti, per esempio come consumatori o lavoratori, con l'impresa medesima; mentre il legislatore stesso prevede per esse regole in tema di ripartizione di utili e di ristorni.

Lo scopo di lucro deve riguardare l'impresa, non anche i singoli atti da cui l'attività imprenditrice risulta. È quindi sicuramente consentito all'imprenditore di rinunciare al guadagno o di attuare un *dumping* per eliminare i concorrenti.

Intento lucrativo è in definitiva la direzione dell'attività imprenditoriale al fine di produrre nuova ricchezza, e la redditività dell'impresa è elemento essenziale e imprescindibile anche in una concezione sociale dell'impresa. Anche sotto questo aspetto vi è perfetta coincidenza tra la nozione giuridica di impresa e la nozione economica di impresa.

L'impresa sociale

Con il d. Lgs. 24 marzo 2006 n.155 il legislatore ha tentato di dare una sistemazione organica alla materia in tema di **impresa sociale**.

La disciplina s'impernia:

- Sull'individuazione delle caratteristiche che un'impresa deve avere per assumere tale qualifica;
- Sulla definizione di un trattamento normativo che, nelle intenzioni del legislatore, vorrebbe essere di agevolazione.

Per il primo aspetto si deve osservare che la legge si riferisce a tutte le organizzazioni private; sicché:

- Per un verso esclude sia gli imprenditori individuali sia le imprese pubbliche;
- Per altro verso è in grado di comprendere ogni tipo di ente, come associazioni riconosciute o non, fondazioni, società di persone.

Tali organizzazioni devono presentare tre requisiti:

- Deve trattarsi di beni o servizi di utilità generale;
- La loro attività di produzione o scambio deve realizzare attività di interesse generale;
- La loro attività di produzione non deve essere diretta a realizzare scopi di lucro.

Il primo profilo individua una serie estremamente ampia di settori economici, che vanno dall'assistenza sociale e sanitaria, all'educazione e formazione, alla tutela dell'ambiente e alla valorizzazione del patrimonio culturale. Tali attività devono essere svolte in via stabile e principale.

Per quanto concerne lo scopo di lucro, l'organizzazione che esercita un'impresa sociale destina gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statuaria o ad incremento del patrimonio. Lo scopo di lucro dichiarato incompatibilmente con l'impresa sociale è esclusivamente il primo, mentre, per converso, il secondo è assunto a presupposto della fattispecie.

Meritano in proposito di essere sottolineati due aspetti:

- Per un verso l'eventualità di una società senza scopo di lucro.
- Per l'altro che, per essere imprese sociali, non possono prevedere a favore dei soci "un vantaggio mutualistico", cioè un trattamento preferenziale, ma devono trattarli in maniera uguale agli altri acquirenti di beni o servizi prodotti.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Dal punto di vista della disciplina, l'acquisto della qualifica di impresa sociale avviene sulla base dell'iscrizione in apposita sezione del registro delle imprese dell'atto costitutivo stipulato in forma pubblica. Tale iscrizione comporta:

- L'applicazione di specifiche regole in materia di contabilità;
- La sottoposizione a poteri ispettivi del Ministero;
- Una limitazione della responsabilità per le obbligazioni assunte, quando il patrimonio dell'impresa è superiore a 20.000 euro: il beneficio si perde quando il patrimonio diminuisce per oltre un terzo rispetto all'importo di 20.000 euro.

La limitazione della responsabilità assume un significato concreto soltanto con riferimento ai tipi organizzativi che in via di principio non la prevedono, mentre lascia impregiudicata l'eventualità che la responsabilità sia limitata, come nel caso di società per azioni e a responsabilità limitata.

La perdita del beneficio comporta soltanto la responsabilità di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'impresa.

L'impresa agricola

La nozione di imprenditore fissata nell'art. 2082 c.c. è una nozione generale, valida pertanto in tutti i campi dell'economia, compreso quello dell'economia agricola.

Il codice del 1942 ha inteso prevedere l'impresa agricola nell'**art. 2135** c.c. accanto alle altre imprese che accomuna sotto la tradizionale denominazione di imprese commerciali.

La c.d. **impresa agricola** definita dall'art 2135 c.c. doveva ritenersi addirittura estranea alla nozione di impresa, che si ricava dal combinato disposto dagli artt. 2082 e 2555 c.c., mentre nel sistema attuale essa individua un'impresa commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c.

Originariamente, la **funzione** dell'imprenditore agricolo era prevalentemente produttiva ed era collegata all'attività di trasformazione o di scambio, ma non si poneva in funzione di un'attività di scambio: una funzione dunque ben diversa da quella dell'imprenditore, e cioè di colui che esercita un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

Il testo originario dell'art. 2135 c.c.

- Definiva imprenditore agricolo colui che esercita una attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame e attività connesse;
- Considerava le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli come attività connesse, solo quando rientravano nell'esercizio normale dell'agricoltura.
- Queste attività non erano considerate come rientranti nell'attività agricola, ma erano considerate come da questa distinte anche se potevano essere con essa collegate.

L'intento dell'agricoltore è quello di produrre e cioè di ricavare dalla coltivazione del fondo, dall'allevamento del bestiame i frutti, non anche quello di produrre per vendere, e cioè di esercitare un'attività intermediaria a scopo di lucro.

Il soddisfacimento dei bisogni del mercato generale che è lo scopo dell'impresa, non era lo scopo dell'impresa agricola, al quale poteva eccezionalmente aggiungersi, ma come oggetto di un'attività separata, se pur connessa con quella agricola, che, proprio in quanto separate, rimaneva sottoposta al regime proprio dell'attività agricola soltanto se fosse rientrata nell'esercizio normale dell'agricoltura.

L'art. 2135 non solo considerava come connesse, e quindi non rientranti di per sé nell'attività agricola, le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli, ma le reputava tali, e dunque connesse, soltanto in quanto rientrassero nell'esercizio normale dell'agricoltura.

Per rientrare nel campo dell'impresa soggetta a registrazione le attività di trasformazione o di alienazione dovevano presentare il fine cui era diretto l'esercizio dell'agricoltura, cioè delle attività agricole.

La **nozione** dell'art. 2135 c.c. era, nel sistema originario del codice, vuota di qualsiasi contenuto: la disciplina dell'impresa si riduceva alla disciplina dei contratti di associazione agraria.

Le cc.dd. disposizioni generali sull'impresa agricola erano addirittura superflue dato che si riducevano a porre un principio di chiara evidenza: quello cioè che all'esercizio dell'agricoltura si applicavano le disposizioni di legge, dettate in contemplazione di esso. È utile notare come le disposizioni più rilevanti nel sistema del codice civile del 1942 in ordine all'esercizio dell'agricoltura siano contenute nel libro della proprietà e delle obbligazioni, e non nel libro del lavoro.

Nella stessa carta costituzionale, le direttive fondamentali riguardanti l'agricoltura non sono contenute nell'art. 41, che pone i principi sull'iniziativa economica, ma nell'art. 44.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nel tempo la materia ha subito profonde **modificazioni**:

- Dapprima l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, un tempo riservato agli imprenditori commerciali, è stato esteso agli imprenditori agricoli, i quali risultavano soggetti a registrazione, seppure in una sezione speciale del registro delle imprese e a fini di mera pubblicità notizia;
- In un secondo momento è stata modificata la stessa nozione di imprenditore agricolo contenuta nell'art. 2135 c.c. E all'iscrizione nel registro delle imprese degli imprenditori agricoli è stato riconosciuto un valore di pubblicità dichiarativa.

Adesso, i tre commi che compongono l'art. 2135 risultano essere profondamente innovativi rispetto alla definizione fornita dal legislatore del 1942, con il risultato che viene eliminato l'equivoco terminologico di definire imprenditore chi non poteva considerarsi tale ai sensi dell'art. 2082 c.c. Secondo la nuova definizione è da considerarsi **imprenditore agricolo** chi esercita:

A. Una delle attività agricole principali, ovvero una delle attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico di carattere vegetale o animale, vale a dire:
   - La coltivazione del fondo;
   - La selvicoltura;
   - L'allevamento di animali.

B. Le attività connesse alle prime, ossia le attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata.

In seguito, sono state espressamente considerate agricole le attività di agriturismo e l'apicoltura; sono state qualificate come imprenditori agricoli le società di persone e le società a responsabilità limitata costituite da imprenditori agricoli e che esercitano esclusivamente attività di trasformazione, commercializzazione e valorizzazione di prodotti agricoli dei soci.
L'applicabilità della disciplina dell'imprenditore agricolo è stata estesa al c.d. imprenditore ittico.
Tra le attività connesse sono state comprese: la produzione e la cessione di energia elettrica e calorica fonti rinnovabili.

La **figura dell'imprenditore agricolo** appare significativamente diversa e più ampia rispetto a quella originaria, risultando in grado di ricomprendere soggetti e situazioni della più varia natura. Da ciò l'esigenza di delimitare i confini:

- È evidente, in primo luogo, l'esigenza di una delimitazione verso il basso, tale cioè da distinguere la figura dell'imprenditore agricolo da quella del mero proprietario: l'accesso ad un sistema di pubblicità dichiarativa risulta infatti del tutto inadeguato per chi si dedichi all'agricoltura nelle vesti di un mero proprietario.
  L'art. 2135 c.c. prevede che devono intendersi come attività agricole principali solo le attività che risultano "dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico", o di una sua fase essenziale.
  La definizione normativa induce a ritenere essenziale, per l'acquisto della qualità di imprenditore agricolo, lo svolgimento di una vera e propria attività, quella appunto necessaria a curare e a sviluppare il ciclo biologico: un'attività che risulta nettamente distinta da quella di colui che si limiti a compiere atti di godimento o di disposizione del fondo di cui risulta proprietario.
- D'altra parte, nel tentativo di attrarre nell'ambito agricolo attività intrinsecamente commerciali, il nuovo art. 2135 c.c. non fa più ricorso *al criterio di normalità,* ma si avvale del **criterio della prevalenza**, riferito, in particolare, alla provenienza dell'oggetto dell'attività o, in alternativa, alle caratteristiche degli strumenti impiegati nel suo esercizio.
  Si qualificano, infatti, come agricole per connessione le attività che hanno ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dall'esercizio del medesimo imprenditore agricolo, e, quelle dirette alla fornitura di beni e di servizi effettuate mediante l'utilizzazione di attrezzature o risorse normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata.
  Tale criterio di prevalenza potrebbe condurre a forme di ingiustificata disparità di trattamento giuridico tra situazioni, oggettivamente del tutto analoghe (si pensi, ad esempio, al fatto che mentre l'albergatore assume la qualifica di imprenditore commerciale, il gestore di un agriturismo si considera come imprenditore agricolo).

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Appare allora necessario continuare a distinguere i diversi fenomeni economici che possono verificarsi in materia agricola. In particolare, qualora la produzione e la trasformazione dei beni ovvero la fornitura di servizi assuma il carattere di attività industriale, ai sensi dell'art. 2195 sono soggette all'intero statuto dell'imprenditore commerciale.

La sfera di applicazione di quest'ultima norma non può, in vero, ritenersi ridotta per il solo fatto che talune delle attività da essa considerate rientrino altresì nel novero delle attività agricole indicate dall'attuale versione dell'art. 2135 c.c. Secondo l'art. 2195, lo statuto dell'imprenditore si applica infatti a tutti coloro che esercitano *un'attività industriale* diretta alla produzione di beni o servizi e la formula usata è tale da ricomprendere indubbiamente anche l'esercizio industriale di un'attività agricola: non si fa più riferimento a singole specifiche attività industriali, ma si ha riguardo genericamente alla attività industriale in qualunque campo si esplichi

Si noti, del resto che, parlando di attività industriale, si fa riferimento ad un'attività che non si esaurisce nella produzione di beni o servizi, implicando necessariamente, la loro vendita sul mercato: in tale ambito rientra quindi anche la commercializzazione dei beni agricoli prodotti dall'imprenditore agricolo medesimo.

In definitiva, la **nozione di imprenditore agricolo**:

- Mentre nel sistema originario risultava non soltanto alternativa a quella di imprenditore commerciale, ma addirittura estranea a quella di imprenditore;
- Attualmente, a seguito dell'introduzione del criterio della prevalenza, per imprenditore agricolo si intende non solo un imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., ma un imprenditore commerciale.

Ciò è confermato dal fatto che gli imprenditori agricoli sono legittimati addirittura ad avvalersi degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale, ossia strumenti dei quali sono in grado di avvalersi solo gli imprenditori commerciali, gli unici che possono essere dichiarati falliti, a riprova del fatto che, attualmente, l'impresa agricola non rappresenta altro che una specifica categoria di impresa commerciale.

Si trova ulteriore conferma nella circostanza che la disciplina della *responsabilità del produttore* risulta adesso in via di principio applicabile a tutti i prodotti agricoli, anche a quelli che non hanno subito trasformazione.

Nonostante le profonde modificazioni della nozione e della disciplina dell'impresa agricola, resta dunque fermo che non esistono imprese diverse da quella commerciale:

- Nel sistema originale si poteva arrivare a tale conclusione negando a quella agricola il carattere di impresa in senso tecnico;
- Attualmente si deve arrivare alla medesima conclusione prendendo atto che l'impresa agricola è una impresa commerciale, e in particolare un'impresa industriale operante nel campo dell'agricoltura.

Questa conclusione se vale nell'ordinamento interno vale ancora di più nell'ordinamento comunitario, nel quale la disciplina non è posta in funzione dell'organizzazione imprenditoriale e dei suoi caratteri, ma è posta in funzione dei prodotti agricoli. Alla nozione di prodotti agricoli fa riscontro la direttiva 71/18/CEE, che all'articolo 2 considera agricoli la coltivazione di ortaggi e fiori in serre, l'allevamento di animali da pelliccia, lo sfruttamento di impianti di irrigazione, l'avicoltura, il giardinaggio ecc.

La nozione di impresa e la c.d. impresa di navigazione

Di impresa si parla anche nel **codice della navigazione**, il quale regola l'impresa di navigazione. In realtà l'impresa di navigazione, pur avendo alcuni caratteri comuni con l'impresa economica, non è tale. Essa non costituisce una particolare applicazione della nozione che si ricava dall'art. 2082 c.c., né colui che esercita l'impresa di navigazione (armatore o esercente) è solo imprenditore ai sensi del codice civile.

Impresa di navigazione è anch'essa attività la quale si attua attraverso una organizzazione di elementi personali e di elementi patrimoniali, ma tale attività si concreta nel semplice esercizio di una nave o di un aeromobile (artt. 265 e 874 c.c.).

Si hanno impresa di navigazione, armatore ed esercente anche quando l'esercizio della nave o dell'aeromobile si attua per i bisogni propri o per fini scientifici, anche quando l'esercizio della nave o dell'aeromobile è soltanto occasionale.

L'ipotesi normale è quella che l'esercizio della nave o dell'aeromobile sia compiuto per il soddisfacimento dei bisogni del pubblico e a scopo di lucro. Normalmente cioè l'esercizio della nave o dell'aeromobile si inserisce in una attività economica organizzata e professionale diretta alla produzione e allo scambio di beni e di servizi e cioè in un'impresa economica.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'inserzione nell'impresa economica non elimina l'autonomia dell'impresa di navigazione e quindi l'applicazione delle norme che di questa sono proprie. La stessa persona può assumere contemporaneamente la qualità di imprenditore e quella di armatore o di esercente, e in tal caso egli è soggetto sia allo statuto dell'imprenditore sia a quello dell'armatore o dell'esercente: ma una persona non assume la qualità di imprenditore soltanto perché è armatore o esercente. Dall'altra parte corrispondono tante imprese di navigazione quanti sono le navi o gli aeromobili esercitati.

Anche nell'impresa di navigazione si determina un **collegamento dei beni** in funzione della loro unità di destinazione e anche nella impresa di navigazione questo collegamento assume rilevanza giuridica: tuttavia il complesso di questi beni non può essere qualificato come azienda, ai sensi del codice civile, né rispetto ad esso sono applicabili i principi propri dell'azienda. Elemento di coesione è la **destinazione alla navigazione**, e cioè la destinazione al servizio o all'armamento della nave o dell'aeromobile e il regime giuridico applicabile è piuttosto quello proprio delle cose composte o delle pertinenze, che non quello aziendale.

Attorno alla nave e all'aeromobile gravitano gli altri beni destinati alla navigazione e richiesti per la navigabilità e per l'armamento; con riferimento alla nave o all'aeromobile si pongono la responsabilità dell'armatore e la possibilità stessa di una limitazione di questa responsabilità.

L'armatore o l'esercente potrà assumere anche la funzione di vettore, di noleggiante, di esercente un'impresa di rimorchio, di recupero o di salvataggio e in questa seconda sua veste egli potrà assumere la qualità di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. ed essere assoggettato alla stessa disciplina. Ma fin quando egli rimanga armatore o esercente, egli è fuori dalla categoria degli imprenditori.

Le imprese pubbliche

Una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi per il mercato generale può essere esercitata:

- Dallo Stato;
- Dagli enti pubblici territoriali;
- Da altri enti pubblici.

L'iniziativa dello Stato nel campo economico si attua nel momento attuale prevalentemente attraverso l'utilizzazione degli schemi privatistici, in particolare di quello della società per azioni: la tendenza è motivata anche da esigenze di bilancio dello Stato.

Tuttavia pur in presenza di questa tendenza, non mancano esempi di imprese che fanno direttamente capo allo Stato, nel senso di una *privatizzazione* di figure organizzative pubblicistiche in società per azioni.

Pur in presenza di questa accentuata tendenza (privatizzazione), non mancano esempi di imprese che fanno direttamente capo allo Stato e agli altri enti pubblici. Nella tipologia delle imprese pubbliche è dato distinguere due categorie di imprese:

- Le **imprese-organo**, cioè quelle imprese che sono gestite autonomamente da un organo dello Stato o di un ente territoriale;
- Le **imprese-ente pubblico**, e cioè quegli atti che hanno come scopo istituzionale, esclusivo o principale, l'esercizio di un'impresa.

Ciò in particolare è avvenuto con le ferrovie che, nate come amministrazione autonoma dello Stato e poi divenute ente pubblico, sono state trasformate in società per azioni con la deliberazione del CIPE adottata in data 12 agosto 1992.

Analoga trasformazione è avvenuta con riferimento all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

Nel sistema del codice quando un soggetto pubblico svolge un'attività economica organizzata:

- Soltanto per le imprese ente-pubblico ne derivano l'acquisto della qualifica di imprenditore e l'applicazione di quel complesso di norme che ne costituiscono lo statuto, a partire dalla iscrizione nel registro delle imprese ma ad esclusione del fallimento;
- Con riferimento invece alle imprese-organo, l'ente pubblico non acquisisce la qualità di imprenditore, né la soggezione al fallimento. Rispetto a queste impese, le disposizioni degli artt. 2093 e 2201 c.c. confermano il principio secondo cui lo Stato, le province e i comuni, pur potendo svolgere un'attività commerciale, non acquistavano la qualità di commerciante: il che oggi significa il mancato acquisto della qualità di imprenditore.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tale principio si fonda sul fatto che le imprese-organo sono sottratte alle norme di diritto comune, in quanto sono assoggettate a norme di diritto speciale, improntate piuttosto ai principi e agli schemi del diritto pubblico che non a quelli del diritto privato. Pur essendo le imprese-organo dotate di un'autonomia di gestione, rimane che esse sono un organo dell'amministrazione dello Stato o comunale o regionale, e come tali soggette alla legislazione amministrativa e cioè ai controlli e alle norme di contabilità pubblica.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo III
Lo statuto dell'imprenditore

Lo statuto generale

Imprese agricole e imprese soggette a registrazione

Lo statuto giuridico dell'imprenditore non è fissato dalla legge in modo unitario per tutte le categorie di imprese. Accanto ad uno statuto generale, e cioè applicabile all'imprenditore come tale, vi sono statuti speciali applicabili a singole categorie di imprenditori in funzione dell'oggetto dell'attività esercitata.
Norme comuni a tutte le categorie di imprenditori sono quelle che riguardano:

- La direzione e la gerarchia dell'impresa (art. 2086 c.c.);
- La tutela delle condizioni di lavoro (art. 2087 c.c.);
- La responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato (art. 2088 c.c.).

A venire in considerazione è in primo luogo la **categoria delle imprese soggette a registrazione** (art. 2195 c.c.): in essa ricadono tutte quelle imprese che, pur essendo economicamente diverse, erano soggette alla legge commerciale; e lo stesso codice autorizza che per questa categoria di imprese si continui ad utilizzare la terminologia di **imprese commerciali**.

- Nel sistema originario del codice a tale categoria doveva contrapporsi solo quella dell'impresa agricola: ora però anche quest'ultima è soggetta a registrazione, e l'art. 2135 qualifica l'impresa agricola come un'impresa commerciale operante nel campo dell'agricoltura. Deve quindi ritenersi tacitamente abrogato l'art 2136, ed appare ormai superata la tradizionale contrapposizione tra attività agricola e attività commerciale.
- Nel sistema attuale le imprese agricole possono assumere anche la forma della **società semplice**, in deroga all'art. 2249 c.c. che esclude l'utilizzazione della società semplice ai fini dell'esercizio di attività commerciali. La peculiarità dell'impresa agricola non consiste più in un esonero dall'obbligo di registrazione, ma al contrario nella soggezione a tale obbligo pure quando utilizza una forma organizzativa, quella di società semplice, che tradizionalmente non era soggetta a registrazione.

La capacità all'esercizio dell'impresa

Lo statuto generale dell'imprenditore attiene essenzialmente:

- Alla **capacità** del soggetto;
- All'imposizione al soggetto di determinati **obblighi professionali**.

La **capacità all'esercizio dell'impresa** spetta a chiunque, cittadino o straniero, abbia la capacità di agire, la quale si acquista con il compimento del diciottesimo anno di età (art. 2 c.c.).

La legge può subordinare, eccezionalmente, l'esercizio dell'impresa da parte di persone capaci a determinate condizioni legali o può vietarlo a coloro che esercitano determinate professioni incompatibili. La mancanza delle condizioni o l'inosservanza dei divieti non impediscono il verificarsi degli effetti né escludono l'efficacia degli atti posti in essere.

L'esercizio dell'impresa da parte degli incapaci è ammesso solo in quanto sia dalla legge consentito e siano state ottenute le necessarie autorizzazioni, con la conseguenza che, in mancanza, non si determina l'acquisto da parte dell'incapace della qualità di imprenditore. In particolare:

- Per quanto riguarda i **minori, gli interdetti e gli inabilitati** è ammessa soltanto la continuazione dell'esercizio di un'impresa già esistente, purché il Tribunale l'autorizzi. In nessun caso è consentita l'organizzazione *ex novo* di un'impresa;
- Il **minore emancipato** può invece essere autorizzato dal Tribunale sia a continuare l'esercizio dell'impresa, sia a iniziarla *ex novo*, senza l'assistenza del curatore, nel qual caso il minore emancipato acquista capacità generale anche in ordine agli atti che non sono inerenti all'esercizio dell'impresa.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

È tuttavia da tener presente che nell'ordinamento vigente l'ipotesi è assolutamente eccezionale: l'unica ipotesi di emancipazione rimasta è quella che consegue di diritto alla celebrazione del matrimonio, ma questa ipotesi può verificarsi soltanto nel caso in cui il tribunale ammetta per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i 16 anni.

L'autorizzazione del Tribunale

- Nel caso di minore non emancipato, di interdetto o di inabilitato è necessariamente specifica in quanto riguarda la continuazione di una determinata impresa già esistente;
- Nel caso di minore emancipato l'autorizzazione può anche essere generica.

L'autorizzazione può essere subordinata a determinate cautele o a determinate modalità. Essa può essere in ogni tempo revocata quando il rappresentante dell'incapace non si adegui alle disposizioni del Tribunale o l'esercizio risulti a danno dell'incapace.

L'**incapace**, per il quale sia stata ottenuta l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa, assume la qualità di imprenditore con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano; tuttavia, gli obblighi inerenti alla sua qualità di imprenditore ricadono sul rappresentante legale o sull'institore, nel caso di inabilitato, come su questi soggetti ricadono le eventuali sanzioni penali.

Non importa incapacità all'esercizio dell'impresa la **inabilitazione all'esercizio dell'impresa**, prevista come pena accessoria nel caso di condanna per bancarotta semplice o fraudolenta o per ricorso abusivo al credito dell'imprenditore fallito. L'esercizio dell'impresa, nonostante il divieto derivante da tale inabilitazione, è punito con sanzioni penali, ma è produttivo di tutti gli effetti giuridici che ne sono propri e gli atti compiuti dall'imprenditore pienamente validi.

Le limitazioni di capacità riguardano l'esercizio o la continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale (artt. 320, 374, 424, 425 c.c.): e, dunque, nel sistema originario del codice, esse non si applicavano né all'esercizio della cosiddetta impresa agricola, né all'esercizio di una piccola impresa.

Rispetto all'impresa agricola, essa ricorre ormai soltanto nell'ipotesi in cui l'attività agricola presenta carattere industriale.

Rispetto alla piccola impresa permangono invece integralmente le ragioni che giustificano la non applicazione delle suddette particolari limitazioni di capacità.

La legge prevede, in talune ipotesi, che l'esercizio dell'impresa sia consentito soltanto a determinati soggetti. In questo senso spesso si richiede l'adozione della forma di organizzativa delle società di capitali, e soprattutto delle società per azioni.

Es. → *Così avviene con riferimento all'attività bancaria, o a quella assicurativa, o ancora alle molteplici attività del mercato finanziario.*

L'inibizione in questi casi ed in altri casi analoghi riguarda il soggetto, ma costituisce un limite alla sua **libertà**, non alla sua capacità.

Le **conseguenze** dell'esercizio dell'impresa da parte di un soggetto che non ha i requisiti voluti dalla legge non sono quelle che derivano dall'applicazione delle norme di diritto comune, ma sono quelle previste nell'ordinamento pubblicistico dell'impresa e cioè:

- La possibilità di intervento dell'autorità governativa;
- Liquidazione coatta dell'impresa;
- Applicazione di altre sanzione penali e amministrative previste dalla legge.

Gli atti singoli rimangono pienamente validi ed efficaci, salvo le ipotesi in cui il corretto svolgimento dell'attività imprenditoriale rappresenta un elemento della funzione del contratto.

In definitiva l'esercizio dell'impresa da parte di un soggetto che non ha i requisiti prescritti è equiparato a quello da parte del soggetto non autorizzato: la sola diversità che sussiste tra le due ipotesi è che mentre nella seconda ipotesi la violazione del divieto può essere eliminata attraverso l'autorizzazione, questa possibilità non sussiste nella prima.

Obblighi professionali dell'imprenditore e loro caratteri

L'imprenditore ha particolari **obblighi professionali**. Fondamentali, tra questi, sono:

- L'obbligo dell'**iscrizione** nel registro delle imprese;
- L'obbligo della **tenuta della contabilità** e della documentazione delle operazioni dell'impresa.

Complementare a tali obblighi è quello dell'indicazione del registro presso il quale l'impresa è iscritta.

Al di sopra di questi obblighi ve ne è un altro desumibile, ma non espressamente previsto:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- L'obbligo dell'osservanza delle regole della **correttezza professionale** nell'esercizio dell'attività imprenditrice.

Questi obblighi incidono in linea di principio su ogni imprenditore e soltanto una espressa norma di legge potrebbe esimere l'imprenditore dall'osservanza di essi.
Questi obblighi incidono sull'imprenditore come tale:

- Si tratta di obblighi personali e l'imprenditore risponde della loro inosservanza anche se la loro esecuzione sia stata affidata a **dipendenti**. La colpa o il dolo di questi non esimono l'imprenditore da responsabilità;
- Nel caso in cui l'impresa sia esercitata a mezzo di **rappresentate generale**, gli obblighi professionali, e le conseguenze della loro inosservanza ricadono sul rappresentante generale;
- Per le società gli obblighi incombono sugli **amministratori** come tali: loro non sono esonerati per il fatto che l'esecuzione ne sia stata affidata ad uno di essi.

Nel caso di inosservanza di questi obblighi sono previste immediatamente (art. 2194 c.c.) o in determinati casi (fallimento) anche sanzioni di carattere **penale**.

Nel sistema originario del codice civile un ruolo certamente centrale doveva essere riconosciuto all'art. 2088 c.c.,. che poneva l'obbligo per l'imprenditore di uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivavano.
Attualmente l'art. 2088 è stato implicitamente abrogato. Un esempio di responsabilità dell'imprenditore può ravvisarsi nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, che sanziona i comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà o dell'attività sindacale o del diritto di sciopero: si prevede che, su richiesta delle associazioni sindacali nazionali, il giudice possa ordinare all'imprenditore la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

Obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese

Il **registro delle imprese**, introdotto col codice del 1942:

- È stato attuato solo con l'emanazione della legge n. 580/1993 e del regolamento n. 581/1995;
- Si tratta di un pubblico registro, tenuto da apposito ufficio e posto sotto la vigilanza di un giudice delegato dal presidente del Tribunale del capoluogo di provincia;
- È un istituto che opera sul piano della pubblicità ed il cui scopo è quindi fondamentalmente quello di portare a conoscenza dei terzi gli elementi che hanno rilievo nelle contrattazioni e anche in rapporto alla responsabilità.

Pertanto:

- Per gli **imprenditori individuali**, le iscrizioni riguardano la persona dell'imprenditore, la sua residenza, la capacità, le autorizzazioni, l'oggetto dell'attività, l'inizio e la cessazione di essa, la sede o le sedi dell'impresa, determinati rapporti di rappresentanza, le modificazioni di questi elementi, gli atti di disposizione dell'azienda;
- Per le **società di persone**, le persone dei soci, la loro responsabilità, i poteri di rappresentanza, l'oggetto, la durata, la sede della società, le modificazioni del contratto sociale;
- Per le **società di capitali**, il capitale sociale, l'organizzazione interna della società, i poteri di rappresentanza, l'oggetto, la durata e la sede della società, le modificazioni dell'atto costitutivo.

Nell'espressione *iscrizione* si ricomprendono:

- L'annotazione nel registro di un fatto nuovo.
- La rettificazione di un fatto iscritto.

L'iscrizione si esegue su *domanda scritta dell'interessato*; l'*interessato* è la persona a carico della quale la legge impone l'obbligo dell'iscrizione o anche la persona che la legge autorizza a richiederla in sostituzione di altra a cui l'obbligo è imposto.
L'**ufficio** prima di procedere all'iscrizione:

- Controlla l'autenticità della sottoscrizione;
- Accerta l'esistenza delle condizioni prescritte dalla legge per l'iscrizione.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nel caso in cui un'iscrizione sia avvenuta senza che esistano le condizioni di legge, l'art. 2191 c.c. prevede che l'ufficio può ordinarne la cancellazione.
È dubbio se l'accertamento dell'ufficio debba limitarsi al riscontro della corrispondenza del fatto dichiarato o si estenda invece alla verità del fatto. Dato il sistema accolto nel codice, sembra che l'accertamento dell'ufficio debba riguardare anche l'**esistenza del fatto**, del quale si chiede l'iscrizione.
Proprio per tale ragione tradizionalmente si discute se l'iscrizione possa assumere rilevanza ai fini non soltanto della conoscenza, ma anche dell'accertamento di un fatto, possa cioè consentire una *presunzione di verità* dei fatti iscritti. Il che in via generale:

- È ammissibile quando si tratta di fatti contrari all'interesse di chi ha richiesto l'iscrizione.
- Non è ammissibile quando si tratta di fatti favorevoli all'interesse di chi ha richiesto l'iscrizione.

È **escluso** invece ogni controllo sulla validità intrinseca dell'atto: la verifica dell'ufficio risulta infatti circoscritta a profili di regolarità formale e di completezza della documentazione. Ciò, naturalmente, senza pregiudizio dell'eventualità che la legge richieda precedenti verifiche di legittimità ad opera di altri soggetti.
Si prevede (con disposizione generale ma non applicabile alla società per azioni) che, quando l'iscrizione è richiesta sulla base di un atto pubblico o scrittura privata autenticata, il conservatore del registro proceda all'iscrizione **immediata** dell'atto. L'accertamento delle condizioni di iscrivibilità rientrano nell'esclusiva competenza e responsabilità del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto.
Contro il rifiuto dell'iscrizione è ammesso ricorso al giudice del registro, il quale provvede mediante decreto impugnabile dinnanzi al tribunale (art. 2189 c.c.). Così pure sono impugnabili dinanzi al tribunale i decreti con i quali il giudice del registro ordina d'ufficio la iscrizione di un fatto non iscritto o la cancellazione di un fatto iscritto.
Il sistema del registro delle imprese conosce ora **tre tipi di efficacia della pubblicità** con esso attuata:

- Una **pubblicità dichiarativa**, la quale era prevista dapprima per gli imprenditori definiti commerciali e successivamente è stata estesa all'iscrizione nelle sezioni speciali degli *imprenditori agricoli* e di quelli *ittici*;
- Una **pubblicità costitutiva**, prevista in alcune specifiche ipotesi di iscrizione sempre nella sezione ordinaria;
- Una **pubblicità notizia**, la quale si ottiene con l'iscrizione in sezioni speciali, come quella dei piccoli imprenditori e delle società semplici.

Il sistema originario del codice non prevedeva né le sezioni speciali né la pubblicità notizia.

1. Prendiamo le mosse dalla **pubblicità dichiarativa**: con essa viene posto a disposizione dell'imprenditore commerciale come uno strumento volto a semplificare ed agevolare i rapporti con i terzi rispetto a quanto risulterebbe dal diritto comune: una sorta di privilegio, mediante il quale l'imprenditore può ottenere la opponibilità di fatti rilevanti per i rapporti con essi instaurati. Ne risulta un sistema per cui, avvenuta l'iscrizione, tale opponibilità si ottiene anche se i terzi non hanno avuto la materiale possibilità di conoscere l'iscrizione stessa ed i fatti cui si riferisce.
   Per converso, la possibilità di opporre fatti non iscritti presuppone che i terzi ne abbiano avuto effettiva conoscenza e che l'imprenditore sia in grado di fornire di ciò la prova; non è sufficiente invece che avessero la mera possibilità di conoscerli usando la normale diligenza (art. 2193 c.c.).
2. Su un piano diverso si pongono le specifiche ipotesi di **pubblicità costitutiva**, che si riscontrano essenzialmente nel sistema delle società di capitali e il suo significato non riguarda un problema di opponibilità a terzi.
   In questi casi l'iscrizione nel registro delle imprese rappresenta un fatto necessario per la produzione, e cioè per la costituzione di determinati effetti: un fatto che non ammette equivalenti. Trattandosi della produzione di uno specifico effetto, è possibile operare delle distinzioni e classificazioni in considerazione della sua concreta valenza.
   È consueto distinguere tra un'efficacia totalmente costitutiva ed un'efficacia parzialmente costitutiva: a seconda che la mancanza della pubblicità precluda la produzione degli effetti anche *inter partes* o solo quella di determini effetti nei confronti dei terzi.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Esempi di pubblicità totalmente costitutiva si hanno rispetto alla pubblicità prescritta:

- Per l'atto costitutivo delle società per azioni (art. 2331 c.c.);
- Per costitutivo delle società a responsabilità limitata (art. 2463 c.c.);
- Per l'atto costitutivo delle società cooperative (art. c.c.).

Esempi di pubblicità parzialmente costitutiva si hanno nelle ipotesi di riduzione di capitale e di proroga di società di persone commerciali (artt. 2306 e 2307 c.c.).

3. Ancora diverso è il senso della **pubblicità notizia** che il legislatore ha voluto realizzare con l'istituzione di sezioni speciali nel registro delle impresa. Con essa ci si muove su un piano diverso da quello dell'opponibilità di fatti a terzi il cui regime rimane pertanto inalterato, e si perseguono finalità che possono definirsi di trasparenza delle attività economiche. Tali finalità risultano dall'identificazione degli adempimenti per attuare la pubblicità nel registro delle imprese e per ottenere l'iscrizione nel registro delle ditte.
   Il significato della pubblicità notizia deve essere colto su un piano di estraneità rispetto ai problemi concernenti l'opponibilità di fatti a terzi: nel senso che la sua attuazione non è in grado di per sé di contribuire a tale risultato; e nel senso che, pur quando tale attuazione manca, non è esclusa l'eventualità che i fatti in questione siano comunque opponibili a terzi.
   Ne deriva l'esigenza di distinguere nettamente tra l'iscrizione nella sezione ordinaria e nelle sezioni speciali del registro delle imprese: la loro diversa funzione impedisce di ravvisare tra esse una qualche forma di equivalenza, con la conseguenza che l'iscrizione in una sezione speciale non può ritenersi sufficiente ai fini dell'art 2193 c.c. quando in realtà si era tenuti ad iscriversi nella sezione ordinaria. Nel caso inverso, quando cioè ci si doveva iscrivere in una sezione speciale e ci si è invece iscritti in quella ordinaria, non può bastare ciò per ottenere i risultati propri della pubblicità dichiarativa: risultati che il legislatore riserva alla categoria delle imprese commerciali ai sensi dell'art. 2195 c.c.

L'iscrizione di un fatto nella sezione speciale, diversa ovviamente da quella degli imprenditori agricoli, *non può infatti essere considerato un "mezzo idoneo" al fine di portarlo a conoscenza dei terzi.*

Al riguardo deve tenersi presente che la pubblicità dichiarativa può in certo modo considerarsi, in quanto strumento per l'opponibilità a terzi, come il risultato di un processo di *tipizzazione legale* dei "mezzi idonei" che in diritto comune si richiedono per l'ottenimento di tale risultato.

Così, per indicare due agevoli esempi, si può pensare all'ipotesi di una società costituita in forma di società semplice, ma che effettivamente esercita un'attività commerciale: in tal caso, ovviamente, l'iscrizione nella sezione speciale destinata alle società semplici non esclude che la società debba qualificarsi come società in nome collettivo e non esclude che, non essendo stata attuata la pubblicità prescritta, quella cioè nella sezione ordinaria, la si debba assoggettare alla disciplina dettata dall'art 2297 cod. civ. per le società irregolari.

Obbligo della tenuta della contabilità

La **funzione della contabilità**, intesa come comprensiva di tutti i dati relativi alla gestione dell'impresa, è innanzitutto quella di apprestare all'imprenditore uno strumento di controllo sull'andamento dell'impresa e sull'operato dei dipendenti: soltanto di riflesso la contabilità assume una rilevanza esterna, in quanto permette di ricostruire i rapporti intercorsi tra l'imprenditore e i terzi e, in caso di dissesto, di accertarne le cause e di determinare la consistenza del patrimonio dell'imprenditore.

L'**art. 2215-*bis*** del codice civile prevede che l'imprenditore deve tenere, anche attraverso l'ausilio di strumenti informatici, una contabilità adeguata alle dimensioni e alla natura dell'impresa e in ogni caso deve tenere: il **libro giornale**, il **libro degli inventari**, e conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite (art. 2214 c.c.).

L'adeguamento della contabilità all'impresa è rimesso alla discrezionalità dell'imprenditore, purché sia rispettato quel minimo previsto dalla legge. tuttavia è da tener presente che, rispetto a determinate categorie di imprese, leggi speciali e lo stesso codice prevedono la tenuta di altri libri in aggiunta a quelli indicati nell'art. 2214 c.c.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'art. 2220 c.c. prevede che, all'obbligo della **tenuta** della contabilità, fa riscontro l'obbligo della **conservazione**, anche sotto forma di registrazioni su supporti di immagini, dei registri contabili, delle fatture e della corrispondenza per il periodo di dieci anni dall'ultima scritturazione. Tale obbligo di conservazione incombe sull'imprenditore anche quando abbia cessato di essere tale e ai suoi eredi, in caso di morte: esso permane anche quando l'esercizio non sia più attuale.

Dovendo i libri contabili adeguarsi alla natura e alle dimensioni dell'impresa, non è possibile una distinzione tra libri **facoltativi** e libri **obbligatori**. Anche i libri non specificatamente indicati sono obbligatori se necessari a rappresentare l'andamento dell'impresa. L'unica distinzione possibile è tra:

- Libri tenuti secondo determinate formalità e cautele;
- Libri tenuti liberamente.

I **libri contabili** devono infatti essere tenuti con l'osservanza di determinate formalità e cautele, atte ad assicurare la veridicità e la sincerità delle annotazioni. La legge prevede due specie di formalità:

A. **Formalità estrinseche**, cioè attinenti all'esteriorità dei registri nei quali le annotazioni debbono essere fatte, che possono essere *iniziali o ricorrenti*;
B. **Formalità intrinseche**, cioè attinenti al modo in cui le annotazioni debbono essere compiute.

I libri contabili devono essere tenuti in registri numerati progressivamente in ogni pagina, ma devono essere bollati in ogni pagina solo nel caso in cui sia previsto l'obbligo di bollatura o di vidimazione. L'art. 2215 prevede che il libro giornale e quello degli inventari, pur dovendo anche essi essere numerati progressivamente, non sono più soggetti né a bollatura, né a vidimazione annuale. L'art. 2218 prevede che i libri contabili che l'imprenditore tiene in aggiunta a quelli specificatamente stabiliti dalla legge possono essere sottoposti alla formalità estrinseca della bollatura iniziale.

Per quanto riguarda il **modo di tenuta di contabilità**, la legge non impone un determinato sistema contabile, ma l'art. 2219 c.c. esige che le scritture siano tenute secondo le norme di un'**ordinata contabilità**, imponendo:

- Una regolarità formale (assenza di abrasioni, di spazi in bianco, di interlinee);
- Una regolarità sostanziale (concordanza delle risultanze delle scritturazioni).

Accanto a questo principio generale, la legge pone particolari principi per la **tenuta** del libro giornale e del libro degli inventari:

- Per il **libro giornale**, l'art. 2216 c.c. dispone che le operazioni relative all'esercizio della impresa devono essere annotate giorno per giorno. È consentita l'annotazione riassuntiva, purché il raggruppamento riguardi operazioni della stessa natura compiute nello stesso giorno;
- Per il **libro degli inventari**, l'art. 2217 c.c. fissa le direttive fondamentali per quanto riguarda la redazione dell'inventario, direttive che trovano una precisazione e uno sviluppo nelle disposizioni relative al bilancio delle società per azioni (per le società di capitali vige anche il principio della pubblicità del bilancio).

L'**inventario**, nella nozione legislativa, è comprensivo del **bilancio**. Esso si compone cioè:

- Del **conto patrimoniale** (o inventario propriamente detto) attraverso il quale si ha una visione statica del patrimonio dell'imprenditore;
- Del **conto economico**, attraverso il quale si pongono in luce i risultati dell'esercizio.

L'art. 2217 impone che l'inventario sia redatto anche all'inizio dell'esercizio dell'impresa e successivamente ogni anno.

L'inventario deve contenere la indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa come di quelle estranee, ma le une e le altre devono essere indicate separatamente e distintamente: soltanto la situazione del patrimonio aziendale ha rilievo ai fini della redazione del bilancio e del **conto dei profitti** e delle **perdite**. Funzione di quest'ultimo è quella di dimostrare con evidenza e verità gli utili conseguiti o le perdite subite.

Le **annotazioni** nelle scritture contabili hanno **efficacia probatoria** non soltanto contro l'imprenditore, ma anche a suo favore. In particolare:

- **Contro l'imprenditore**, le scritture contabili fanno prova anche se la contabilità non è stata tenuta con l'osservanza delle prescrizioni di legge. In sostanza, nella annotazioni contenute nei libri si ravvisa una confessione, e della dichiarazione confessoria si applicano i principi;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- **A favore dell'imprenditore**, le scritture contabili possono far prova in quanto siano contenute in registri o in documenti informatici, per i quali siano state osservate le formalità estrinseche e intrinseche prescritte dalla legge e purché si tratti di controversia tra imprenditori e per causa inerente all'esercizio dell'impresa.

Questo principio eccezionale, per effetto del quale si ammette la possibilità di prove precostituite a proprio favore, si basa essenzialmente sul fatto che entrambe le parti hanno la possibilità di richiamare le scritture contabili a proprio vantaggio: trattandosi infatti di rapporti tra imprenditori per causa inerente all'esercizio dell'impresa, i fatti dovrebbero trovare la loro rappresentazione nelle scritture contabili di ciascuno degli imprenditori.

Ciò spiega perché tale principio sia ammesso solamente nei rapporti tra imprenditori entrambi tenuti all'obbligo di tenuta della contabilità. In questo caso le scritture contabili non fanno prova, ma possono far prova: la loro efficacia probatoria non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento del giudice.

Le scritture contabili possono essere acquisite al giudizio nella loro totalità o in singole registrazioni:

- Nella prima ipotesi si parla di comunicazione dei libri, scritture contabili e corrispondenza;
- Nella seconda, di esibizione di essi.

La **comunicazione** ha l'effetto di porre a disposizione del giudice il complesso dei libri e delle scritture dell'impresa e può essere ordinata dal giudice soltanto in ipotesi eccezionali nelle quali sia necessario conoscere l'intera situazione patrimoniale dell'impresa: tali ipotesi sono indicate dalla legge. La comunicazione deve essere richiesta dalle parti.
L'**esibizione** ha invece il fine di consentire di estrarre dai libri contabili le registrazioni che interessano la controversia, è quindi ammessa senza limitazioni. L'esibizione può anche essere disposta di ufficio.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Categorie di imprenditori e statuti speciali

Le singole categorie di imprenditori

Lo statuto dell'imprenditore non è identico per tutte le categorie di imprese. Accanto allo statuto generale vi sono statuti speciali applicabili a singole categorie di imprenditori in funzione dell'oggetto dell'attività esercitata.

Su questo piano assume importanza la **differenziazione** delle imprese posta nell'**art. 2195** c.c. Tale articolo distingue sei categorie di imprese:

- **Imprese industriali**. In questa categoria vanno comprese tutte le imprese che si propongono, attraverso la trasformazione di materie prime, la creazione di nuovi prodotti o la predisposizione di servizi. Tipiche sono le imprese manifatturiere, meccaniche, di costruzioni, minerarie, ma rientrano nella categoria anche le imprese tipografiche, editrici, le imprese teatrali, le imprese alberghiere e turistiche.
- **Imprese commerciali**. Rientrano in questa categoria tutte le imprese che si propongono la intermediazione nello scambio di beni. Si rimane nell'ambito delle imprese commerciali anche quando si aggiunge alla funzione intermediaria la manipolazione delle merci, purché non si attui la trasformazione del bene acquistato in un bene nuovo.
- **Imprese di trasporto**. Sono quelle imprese che realizzano la dislocazione nello spazio delle persone o delle cose per terra, per acqua o per aria. Per la loro funzione, esse dovrebbero essere ricomprese tra le imprese ausiliarie, ma per la loro importanza esse sono collocate in una categoria differenziata. Le imprese di trasporto per acqua o per aria sono soggette alla disciplina contenuta nel codice della navigazione.
- **Imprese bancarie**. La nozione di impresa bancaria non è di immediata individuazione. Nella prassi delle banche si riscontra una grande varietà di operazioni eterogenee, alcune delle quali consistono in operazioni e negozi di credito, altre invece nella postazione di servizi. La funzione essenziale della banca si è tradizionalmente individuata nella interposizione in operazioni di credito e cioè nel procurarsi il godimento di cose fungibili, di solito capitali monetari, non per utilizzarli direttamente, ma allo scopo di prestarli ad altri. Il D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 riprende la definizione già adottata dalla legge bancaria del 1936 e precisa che *la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito* costituiscono l'attività bancaria.
  Appunto nel coordinamento delle opposte operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito si pone l'essenza dell'attività bancaria e la funzione della banca; appunto dal rilievo che tali operazioni assumono per interessi generali trae giustificazione la disciplina pubblicistica dettata per le imprese bancarie. Un'impresa bancaria in senso proprio presuppone che all'attività di raccolta del risparmio si colleghi quella di esercizio del credito.
- Le **imprese di assicurazioni**. Dalla legge sono poste su uno stesso piano di quelle bancarie e con queste hanno indubbia affinità, dato che raccolgono attraverso i premi, corrisposti dalle persone esposte a un medesimo evento, quei capitali che sono necessari a soddisfare i bisogni di coloro nei confronti dei quali l'evento si verifica. Neppure la nozione di impresa di assicurazione è posta nel codice e anche per essa è necessario far riferimento alla legge speciale, e cioè al codice delle assicurazioni private. La loro attività deve riguardare l'esercizio delle assicurazioni private.
- Le **imprese ausiliari**. Si tratta di una categoria di imprese non esattamente delimitata e nella quale rientrano tutte quelle imprese che, direttamente o indirettamente, agevolano l'attività delle altre imprese e che rispetto a queste hanno una funzione complementare. Tali sono le imprese di deposito, le imprese di mediazione, di commissione, di agenzie di affari, di rappresentanze commerciali, di informazioni, le imprese di rimorchio, di salvataggio, le imprese di noleggio.
  L'ausiliarietà dell'attività va considerata *in astratto* e non in concreto: è sufficiente che la funzione dell'impresa agevoli l'attività delle altre categorie di imprese e non anche è necessario che vi sia un effettivo collegamento tra

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

l'attività della impresa ausiliaria e l'attività delle altre categorie di imprese. Ausiliaria è anche l'impresa delle agenzie immobiliari anche se l'attività normale è quella di operare per conto di privati.

L'elencazione contenuta nell'art. 2195 è completa e tale da coprire l'intero campo dell'attività economica. La previsione di categorie differenziate non ha pertanto la **funzione** di stabilire quali imprese siano soggette allo statuto generale dell'imprenditore, dato che la previsione riguarda l'intero campo delle imprese economiche, quanto piuttosto ha la funzione di individuare singole categorie di imprese economiche le quali sono suscettibili di avere uno statuto particolare. La funzione dell'art. 2195 consiste nella enucleazione di categorie per le quali è applicabile o può essere applicato uno statuto differenziato.
Le imprese poi possono essere **organizzate**:

- Su base **speculativa**;
- Su base **mutualistica**. In questo secondo caso l'impresa assume la forma della cooperativa, attraverso la quale si adempie alla funzione propria dell'intermediario speculante, eliminandone economicamente il profitto. Anche alle imprese cooperative si applica lo statuto dell'imprenditore, limitando il carattere mutualistico la sua influenza sulla struttura dell'impresa e alle condizioni per la partecipazione ad essa.

Le dimensioni dell'impresa: imprese minori e grandi imprese

Da tempo nell'ambito dell'impresa vera e propria si riscontra una rilevanza dell'**elemento dimensionale**. Questa tendenza si riscontra principalmente nella legislazione speciale.
Vi sono leggi, le cui disposizioni sono dichiarate applicabili quando l'impresa assume determinate **dimensioni**: è il caso della disciplina del fallimento e del concordato preventivo, a cui sono attualmente sottoposte solo le imprese commerciali che superano almeno uno dei limiti dimensionali, relativi in particolare all'ammontare dell'attivo patrimoniale, dei ricavi lordi e dei debiti.

Tipica di questa categoria è il c.d. *Statuto dei lavoratori,* la cui applicazione, a norma dell'art. 35, è limitata alle imprese industriali e commerciali che occupano nelle singole unità produttive o nello stesso comune più di 15 dipendenti e alle imprese agricole che ne occupino più di 5.

Vi sono leggi o disposizioni di legge che hanno come diretto punto di riferimento le **piccole o medie imprese** o invece le **grandi imprese**. Si tratta di nuove categorie differenziate che sono riscontrabili essenzialmente nelle leggi di programmazione economica, di ausilio finanziario, di agevolazione fiscale e di ristrutturazione, in quanto piccole e medie imprese da un lato e grandi imprese dall'altro realizzano fenomeni socio-economici essenzialmente differenti.
Si tratta di categorie delimitate la cui individuazione va fatta sulla base delle singole leggi.

I criteri dimensionali prescelti non sono sempre gli stessi, anche se costantemente si fa riferimento in ordine alle piccole e medie imprese al capitale investito e al numero dei soggetti occupati; la stessa nozione di capitale investito è una nozione oscillante: talora esso viene ad essere determinato includendovi anche il capitale circolante. Del resto il ricorso all'uno o all'altro criterio o ad entrambi non assume un decisivo rilievo data la necessaria correlazione che sussiste tra investimenti e posti di lavoro: è piuttosto da rilevare come più che di una categoria di imprese, si tratti di una fascia di organizzazioni produttive più o meno ampia, ma che presentano tutte caratteri comuni quanto alle strutture economiche e finanziarie.

La **nozione di grande impresa** emerge invece soprattutto nelle leggi in materia di situazioni di crisi economica, in particolare nel D. Lgs. 8 luglio 1999 n. 270, in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

La legge fa infatti riferimento, essenzialmente di gruppo, di notevoli dimensioni, che, si sono volute assoggettare ad una procedura diretta ad assicurare il proseguimento dell'attività produttiva e il mantenimento dei livelli di occupazione.

Un'ulteriore categoria di impresa, individuata sulla base dell'elemento dimensionale, è la c.d. **micro-impresa**. Con questo nome si intende l'impresa che esercita un'attività economica nella quale siano occupate meno di 10 persone e che realizza un fatturato annuo non superiore a due milioni di euro. Questa figura acquista rilevanza soprattutto nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Un'ulteriore figura, sempre indicata come micro-impresa, individua le società che, in virtù delle dimensioni ancora più ridotte, sono esonerate dalla redazione di alcuni documenti contabili. Una particolare tutela è accordata ai depositi effettuati da micro-imprese.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Acquisto della qualità di imprenditore e cessazione dell'impresa

Acquisto della qualità di imprenditore: potere di gestione e responsabilità. L'imprenditore occulto

La **qualità di imprenditore** si acquista attraverso l'esercizio dell'impresa, cioè attraverso l'esercizio professionale di una attività economica organizzata.

L'**esercizio** deve tuttavia attuarsi in nome proprio, perché soltanto in questa ipotesi le conseguenze giuridiche degli atti posti in essere ricadono nella sfera giuridica della persona che li compie. Se l'esercizio dell'impresa si attua attraverso un **rappresentante**, legale o volontario, l'acquisto della qualità di imprenditore avviene da parte del rappresentato: così il minore soggetto alla patria potestà, e non il genitore che esercita la patria potestà, anche se materialmente l'esercizio dell'impresa è opera del rappresentante legale.

Imprenditore è colui che ha l'iniziativa e colui che assume il rischio dell'impresa. In termini giuridici:

- L'**iniziativa** è potere di gestione;
- Il **rischio** è responsabilità.

Imprenditore in senso giuridico è appunto colui che esercita l'impresa, avendo un autonomo potere di gestione e assumendone la responsabilità.

Se infatti vi può essere, nel caso di esercizio dell'impresa a mezzo di un rappresentante, legale o volontario, una dissociazione tra colui che esercita il potere di gestione e l'imprenditore, il rappresentante non ha potere di gestione autonomo, ma esercita quel potere di gestione che compete al rappresentato e soltanto su questo incombe la responsabilità.

Ciò spiega come nel caso di associazione in partecipazione la qualifica di imprenditore spetti all'associante e non anche all'associato: l'associante ha in modo esclusivo il potere di gestione, mentre l'associato ha soltanto determinati poteri di controllo e, pur subendo le perdite derivanti dall'esercizio dell'impresa, non assume responsabilità per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa.

Ciò spiega ancora come, nelle società di persone, la qualifica di imprenditore spetti alla società e non ai soci, anche se tutti o alcuni di questi sono illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali. Alla società come tale, e cioè ai soci collettivamente e non ai soci individualmente, spetta il potere di gestione; sulla società come tale, e non sui singoli soci, ricade immediatamente la responsabilità dell'impresa.

L'esattezza di questi principi è stata però contestata e si è affermato che nel sistema del codice attuale la spendita del nome non più necessaria per l'acquisto della qualità di imprenditore e per l'assunzione della responsabilità di impresa; con la conseguenza che imprenditore si è anche quando l'impresa si eserciti attraverso un altro soggetto che funziona da schermo o da paravento. Così, accanto alla figura dell'imprenditore **palese**, si è inserita la figura dell'imprenditore **occulto** o indiretto, cioè la figura dell'imprenditore che esercita l'attività dell'imprenditore senza apparire.

Non è pertanto che il soggetto che esercita l'impresa a mezzo di prestanome diventi lui imprenditore: **imprenditore** è e rimane, e dell'impresa assume la responsabilità, colui nel cui nome viene esercitata l'impresa, cioè il prestanome. È necessario stabilire però se le conseguenze si producano anche a carico di colui che esercita effettivamente l'impresa sotto nome altrui (c.d. imprenditore occulto o indiretto). Non sembra infatti possibile esimersi dalla responsabilità di impresa creando materialmente un artificioso diaframma, quale si realizza appunto nel caso di esercizio dell'impresa sotto nome altrui.

Un tentativo per affermare la responsabilità del c.d. imprenditore occulto può essere fatto distinguendo l'agire per mezzo di altri dall'agire sotto nome altrui (e quindi attraverso un prestanome): l'imprenditore occulto infatti non agisce per mezzo dell'imprenditore palese, così come l'imprenditore palese non agisce da gestore. È quindi l'imprenditore occulto che agisce sotto il nome dell'imprenditore palese, che non rappresenta altro che un prestanome.

Le due situazioni non si identificano e non possono essere quindi gli stessi i principi applicabili. Se infatti in entrambi i casi la titolarità dell'interesse spetta ad una persona diversa da quella che appare esternamente, tuttavia quando si agisce per mezzo di altri l'attività volitiva è di colui che agisce spendendo il proprio nome, mentre quando si agisce sotto nome altrui la volontà è del titolare dell'interesse, non del prestanome.

L'agire per conto altrui presuppone che l'atto sia il risultato della volontà dell'agente, cioè del gestore, non di volontà altrui.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Al contrario, il prestanome è soltanto un tramite materiale, uno schermo, della volontà dispositiva di colui che lo utilizza. Il problema nel caso dell'imprenditore occulto è quello di stabilire se, di fronte allo sdoppiamento dell'attività volitiva e dell'attività esterna, debba darsi prevalenza alla prima o invece alla seconda in ordine alla produzione dell'effetto giuridico: ora la spendita del nome importa che anche il prestanome, e dunque l'imprenditore palese, sia obbligato, ma non esclude che, quando la situazione diventa palese, le conseguenze dell'atto compiuto dal prestanome ricadano anche su colui che non solo è titolare dell'interesse, ma che ha voluto l'atto, e cioè sull'imprenditore occulto.

La situazione che si verifica in questa ipotesi:

- È antitetica a quella disciplinata dall'art. 2208 c.c., quando cioè l'institore non manifesta il nome dell'imprenditore;
- Presenta qualche analogia con quella del mediatore che non manifesta il nome dell'altro contraente: in tal caso, una volta che la situazione occulta diviene palese, il contraente non nominato non può avvalersi della mancata spendita del nome per esimersi dalle conseguenze dell'atto voluto.

Si tratta di ipotesi del tutto diverse perché:

- Nel caso del **mediatore** si sa già al momento del contratto che il contraente è persona diversa dal mediatore, mentre nel caso del **prestanome** il vero contraente emerge successivamente;
- Nel caso dell'**imprenditore occulto**, anche se imprenditore rimane colui che spende il nome, la responsabilità di impresa si estende anche a colui che resta dietro le quinte, e cioè appunto all'imprenditore occulto.

La responsabilità di colui che agisce dietro le quinte si aggiunge a quella del prestanome imprenditore, non la sostituisce; d'altra parte l'estensione riguarda la responsabilità, non gli obblighi che all'imprenditore fanno carico, che invece gravano esclusivamente sul prestanome.

In caso di **dissesto**, dunque, non solo il prestanome, ma anche l'imprenditore occulto risulta soggetto a fallimento; ed è in questo senso che l'art. 147 legge fallimentare prevede un'estensione del fallimento quando, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulta che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile.

Lo stabilire poi quando siffatta situazione si verifichi è un problema delicato: perché l'ipotesi si realizzi, non è sufficiente che un soggetto sia direttamente interessato nell'impresa né che il potere di gestione si attui come conseguenza di una partecipazione maggioritaria al capitale di una società per azioni o a responsabilità limitata.

Ai sensi degli attuali artt. 2325, 2 comma, e 2462 il socio unico di società di capitali non è in ogni caso illimitatamente responsabile, in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni di quest'ultima ma, al contrario, conserva in via di principio anche in questa ipotesi la responsabilità limitata, a meno che non abbia violato specifiche norme di legge.

La tendenza sembra quella di individuare nell'esercizio scorretto di tali poteri gestionali una fonte di responsabilità civile per i danni che ne sono conseguiti, a fini quindi essenzialmente risarcitori ed in ultima analisi secondo una tecnica di responsabilità aquiliana.

Condizioni per l'acquisto della qualità di imprenditore per le persone fisiche, per le società e per le persone giuridiche private

La qualità di **imprenditore** può essere assunta sia da una persona fisica, sia da una persona giuridica, sia da un'organizzazione sociale non riconosciuta come persona giuridica.

A. Per le **persone fisiche** la qualità di imprenditore si acquista con l'inizio dell'attività imprenditrice. Non basta il compimento di atti preparatori dai quali possa desumersi l'intenzione di intraprendere nel futuro un'attività imprenditrice: occorre che siano posti in essere atti che realizzino obiettivamente questa intenzione.
   Di fonte alla pluralità di attività che la persona fisica può svolgere è necessario, perché possa parlarsi di inizio di un'impresa, che siano determinati obiettivamente taluni di quei fatti che caratterizzano l'attività imprenditrice. Il problema è appunto quello di stabilire in concreto quando questa situazione possa ritenersi realizzata.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Talora si è ritenuto di dover distinguere tra:

- **Atti di organizzazione**, che sono quelli diretti alla creazione di un'impresa come organismo economico;
- **Atti dell'organizzazione**, che sono quelli nei quali si concreta l'attività economica dell'imprenditore nel settore prescelto e che presuppongono già creata l'organizzazione imprenditoriale.

Non sembra, in verità, che la distinzione tra atti di organizzazione e atti dell'organizzazione possa avere un rilievo decisivo. L'inizio dell'attività coincide col momento in cui la serie può ritenersi inequivocabilmente iniziata.

Per le persone fisiche è necessario l'esercizio effettivo dell'attività economica, ma non è necessario per le persone giuridiche e per le organizzazioni sociali non riconosciute. Se pertanto una persona giuridica o un'organizzazione sociale si costituisce per l'esercizio di un'attività economica, l'elemento della professionalità è insito nel suo stesso scopo istituzionale e non ha bisogno di essere dimostrato *aliunde*.

B. La **società** costituita per l'esercizio di un'attività economica e l'ente pubblico che abbia per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di una attività economica sono imprenditori per il fatto stesso della loro **costituzione**: rappresentando l'esercizio dell'impresa la ragione stessa della loro esistenza e lo scopo della loro attività, non è necessario ricercare nell'attività concreta i presupposti legali della nozione di imprenditore.

   Questo chiarimento è necessario per precisare i rapporti che nel sistema del codice civile sussistono tra società e impresa, le quali indubbiamente si pongono su un piano diverso: il parallelo non si pone fra società e impresa, ma tra società e imprenditore. Nel sistema del nostro codice l'organizzazione sociale è sempre **imprenditore** e la **società** altro non rappresenta che una forma di esercizio collettivo dell'impresa: il collegamento società-impresa non è soltanto normale, ma necessario nella nozione che l'art. 2247 c.c. ci dà di società.

C. La qualità di imprenditore può essere anche assunta da altre **persone giuridiche private** ma, rispetto a queste, è necessario, come per le persone fisiche, l'esercizio effettivo dell'attività economica in forma di impresa. La costituzione non può aver rilievo, se lo scopo istituzionale dell'ente non è quello di svolgere una attività economica e se l'esercizio di questa si pone soltanto come mezzo per la realizzazione del fine istituzionale che la persona giuridica persegue.

Cessazione dell'impresa

Fissare il momento della **cessazione dell'impresa** è rilevante non soltanto per quanto riguarda l'obbligo dell'iscrizione di tale fatto, ma anche e soprattutto perché tale momento segna il termine iniziale di decorrenza dell'anno entro il quale può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa.

- Per le **persone fisiche**, e cioè per gli imprenditori individuali, la cessazione dell'impresa, oltre che in conseguenza della morte, può realizzarsi anche per la volontà dello stesso imprenditore;
- Per le **società** o per gli enti pubblici che abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di una attività economica, la cessazione dell'impresa coincide con la loro estinzione: come implicitamente risulta dall'attuale testo dell'art. 10 della l. fall., il quale fa decorrere il termine annuale entro il quale la società può essere dichiarata fallita dalla cancellazione della società dal registro delle imprese e, dunque, dalla sua estinzione.

Con riferimento alla **materia fallimentare**, si avverte peraltro la necessità di agevolare, mediante il ricorso a dati formali, il difficile accertamento della cessazione dell'impresa. Su questo piano, il ruolo del dato formale della cancellazione dal registro delle imprese risulta inevitabilmente articolato.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nel caso dell'**imprenditore individuale**, alla cancellazione, che avviene sulla base di una dichiarazione del fatto della cessazione dell'attività imprenditoriale ad opera dell'imprenditore medesimo o del suo accertamento da parte dell'ufficio, può riconoscersi un valore presuntivo in ordine a siffatta cessazione: è infatti fatta espressamente salva, per le imprese individuali, la possibilità, per il curatore e per i creditori, di fornire una prova contraria, dimostrando cioè che di fatto l'attività è proseguita anche dopo la cancellazione.
Analoga prova viene ammessa dal medesimo art. 10 l. fall. anche per le **società**, seppur limitatamente al caso di cancellazione d'ufficio. Siffatta possibilità non è in realtà pienamente utilizzabile in materia societaria. Deve ritenersi cioè che la prova della continuazione dell'impresa sia possibile soltanto nel caso di cancellazione d'ufficio delle società di persone, rispetto alle quali la pubblicità nel registro delle imprese assume soltanto un'efficacia dichiarativa ed ove è possibile una esistenza della società, e quindi dell'impresa, non soltanto in mancanza di iscrizione, come nel caso delle società irregolari, ma anche successivamente alla cancellazione.
Notevolmente diversa è la situazione con riferimento alle **società di capitali**, riguardo alle quali è la stessa legge a riconoscere a tale cancellazione un'efficacia costitutiva, disponendo espressamente che ad essa consegue l'estinzione della società e dunque necessariamente anche la cessazione dell'impresa: una volta avvenuta la cancellazione, viene pertanto meno la possibilità di configurare la continuazione dell'impresa da parte della società cancellata.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo IV
Gli ausiliari dell'imprenditore

Ausiliari dipendenti e ausiliari autonomi

L'imprenditore nello svolgimento della sua attività si avvale necessariamente della collaborazione di altre persone. Questa collaborazione può essere attuata mediante la prestazione di attività di persone estranee all'organizzazione dell'impresa e che si pongono di fronte all'imprenditore in una posizione di **indipendenza**: tra costoro si pone, in posizione differenziata, la categoria dei collaboratori **parasubordinati**, che è stata in gran parte ricondotta alla figura del lavoratore subordinato a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Normalmente, però, la collaborazione si attua mediante la prestazione di attività da parte di persone che agiscono nell'impresa e si pongono, rispetto all'imprenditore, in posizione di **subordinazione**.

Nell'ambito degli ausiliari dell'imprenditore si distinguono così due categorie differenziate socialmente e giuridicamente:

- Quella degli **ausiliari indipendenti**, rappresentata dai c.d. liberi professionisti e dalle imprese ausiliarie;
- Quella degli **ausiliari subordinati**.

L'impresa è infatti anzitutto **organizzazione del lavoro**: la formula "attività organizzata" usata nell'art. 2082 c.c. è precisa in questo senso. Essa non tanto va riferita all'azienda, e cioè al complesso di beni strumentali, quanto alle modalità di svolgimento dell'attività e cioè agli apparati attraverso i quali si realizza. **Attività organizzata** è appunto attività di gruppo che si svolge attraverso una distribuzione di competenze e di funzioni e sulla base di un principio di gerarchia.

Questo aspetto dell'impresa, che pur emerge evidente dagli artt. 2082 e 2083 e dall'art. 2086 che designa l'imprenditore come il capo dell'impresa e pone espressamente il principio di gerarchia, è rimasto per lo più negletto nella dottrina commercialistica.

- Per un verso il **contratto di lavoro** necessariamente è influenzato dal fatto di avere per oggetto la prestazione di un'attività umana alle dipendenze di un altro uomo;
- Per un altro verso l'inserzione del **lavoratore** nella organizzazione di impresa e la posizione che il lavoratore assume nell'ambito della stessa non sono irrilevanti sotto l'aspetto giuridico. La posizione del lavoratore, una volta acquisita, si autonomizza e ha un contenuto più complesso di quello che corrisponde alla posizione derivante dal contratto. Anche se questa inserzione e questa posizione si ricollegano al contratto di lavoro, esse non sono l'effetto immediato del contratto, ma sono effetto di un diverso atto, l'**atto di preposizione**. Sulla base di questo atto, si realizza l'inserzione nella organizzazione imprenditoriale e il lavoratore viene ad assumere una determinata **qualifica** dalla quale dipendono:
    - La sua posizione nella scala gerarchica e i suoi poteri nell'ambito dell'impresa;
    - Una posizione personale che non si esaurisce nella posizione contrattuale.

Ogni lavoratore subordinato ha necessariamente una qualifica. Questa in linea di principio corrisponde a quella prevista nel contratto di lavoro. Tuttavia, l'imprenditore può, in relazione alle esigenze dell'impresa, adibire il lavoratore ad una mansione diversa, purché corrispondente all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

Il mutamento delle mansioni non può, del resto, comportare diminuzioni della retribuzione. D'altra parte, se nel contratto è prevista soltanto una qualifica generica o non è prevista nessuna qualifica, questa si desume dalla posizione effettivamente attribuita al lavoratore con l'atto di predisposizione.

A seconda delle mansioni affidate al lavoratore, l'art. 2095 c.c. distingue in astratto diverse qualifiche: dirigente, quadro, operaio, impiegato e apprendista.

L'inserzione del lavoratore nella organizzazione di impresa con una determinata qualifica importa:

- Una posizione di **subordinazione** rispetto all'imprenditore, al quale è appunto commesso di dare le direttive fondamentali;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- L'attribuzione di una **posizione gerarchica** nell'ambito di coloro che collaborano con l'imprenditore con mansioni diverse, superiori o inferiori, a quelle attribuite al lavoratore;
- L'**applicabilità** nei suoi confronti delle **norme tecniche** e delle eventuali sanzioni disciplinari per la mancata osservanza di esse;
- Il c.d. **obbligo di fedeltà** del lavoratore.

Collaborazione tecnica e collaborazione giuridica: potere di rappresentanza del lavoratore

La **collaborazione dell'ausiliario** può attuarsi in un duplice campo:

- Nel **campo tecnico** si concreta con il compimento di attività intellettuali o manuali necessarie per l'esercizio dell'impresa;
- Nel **campo giuridico** si concreta con il compimento di una attività giuridica in luogo e vece dell'imprenditore.

Non vi è una netta distinzione tra collaborazione tecnica e collaborazione giuridica nel senso che ciascuna sia affidata a persone diverse: normalmente vi è un rapporto di interdipendenza tra collaborazione tecnica e collaborazione giuridica nel senso che la persona la quale svolge una determinata attività tecnica è altresì autorizzata a compiere quella attività giuridica che è necessaria per l'attuazione delle funzioni tecniche che ad essa sono demandate.

Una delle caratteristiche della collaborazione nell'impresa è quella di considerare il potere di compiere un'attività giuridica nell'interesse dell'imprenditore come insito nelle attribuzioni tecniche affidate al dipendente, e cioè di porre l'attribuzione di funzioni tecniche come fonte e limite dei poteri giuridici di questo.

I poteri giuridici possono esaurirsi:

- Nell'ambito dell'organizzazione interna dell'impresa, e si parla di poteri di direzione, di comando o di controllo.
- Nei confronti di terzi estranei, e si parla invece di potere di rappresentanza.

In verità la distinzione tra poteri nell'ambito della organizzazione di impresa e poteri di rappresentanza non ha ragione di sussistere, dato che anche questi poteri, trovano la fonte nella posizione assunta nell'organizzazione imprenditoriale in conseguenza dell'atto di preposizione.

Nell'organizzazione di impresa sussiste cioè una **gerarchia tecnica**, in relazione alla quale si commisurano i poteri giuridici, e principio fondamentale è quello che ciascun soggetto ha i poteri giuridici inerenti alle mansioni tecniche ad esso affidate.

I **poteri di rappresentanza** sono pertanto normalmente connessi ad ogni rapporto di lavoro; per i dirigenti come per gli impiegati e, in taluni casi, persino per gli operai sarebbe possibile individuare una collaborazione giuridica la quale si esplica più spesso nei rapporti con altri collaboratori dell'impresa.

Il **codice** si limita a regolare soltanto alcune categorie tipiche di rappresentanti dell'imprenditore:

- Quella dell'**institore**;
- Quella del **commesso**;
- Quella dei **procuratori**.

Un principio generale vuole che nell'esercizio dell'impresa gli ausiliari dell'imprenditore hanno, senza necessità di uno specifico conferimento e purché non siano ad essi espressamente sottratti, i poteri di rappresentanza necessari per l'esercizio delle funzioni ad essi affidate.

Institori

Tra gli ausiliari dell'imprenditore muniti di rappresentanza assume una posizione di rilievo l'**institore**. L'art. 2203 c.c. dispone che l'institore è la persona preposta all'esercizio di una impresa commerciale o di una sede secondaria o di un ramo particolare dell'impresa: la persona, cioè, alla quale è attribuito all'interno dell'impresa un potere di autonomia e iniziativa pressoché equivalente a quello dell'imprenditore in una cerchia di attività costituenti un'unità organica.

La figura dell'institore si caratterizza essenzialmente per la natura dell'incarico che gli è attribuito:

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

incarico che non riguarda il compimento di atti specifici o di determinate categorie di atti, ma addirittura la gestione dell'impresa o di una sede secondaria o di un ramo particolare, e cioè l'esercizio di un'attività.
Al potere di gestione si aggiunge il **potere di rappresentanza**: essendo l'institore preposto all'esercizio di un'attività, egli ha il potere di compiere tutti gli atti che si riferiscono all'impresa o alla sede secondaria o al ramo, senza che vi sia bisogno di un particolare conferimento di poteri.
Naturalmente l'imprenditore può riservare per sé il compimento di determinati atti, ma questo può essere fatto soltanto mediante una espressa limitazione dei poteri dell'institore. In mancanza di limitazioni, i poteri di gestione e di rappresentanza si estendono a tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa.
Il principio fondamentale è che i poteri dell'institore si determinano in relazione al contenuto della preposizione. L'art. 2204 c.c. dispone che l'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa nei limiti della preposizione:

- Se la preposizione riguarda addirittura l'impresa, i poteri si estendono a tutti gli atti relativi all'esercizio di essa;
- Se la preposizione riguarda una sede secondaria, i suoi poteri trovano una limitazione nella portata più limitata della preposizione.

La pertinenza dell'atto all'esercizio dell'impresa è elemento necessario e sufficiente perché l'imprenditore sia vincolato. Il riferimento dell'atto all'impresa deve naturalmente sussistere in concreto e non soltanto in astratto.
I poteri dell'institore, per quanto ampi, riguardano l'esercizio dell'impresa: sono quindi esclusi la trasformazione dell'impresa, l'alienazione dell'azienda o dei suoi elementi costitutivi o l'impiego di capitali in altre imprese. Questi atti esulano dai poteri dell'institore.

L'art. 2204 c.c. prevede che il potere di alienare gli immobili e di concedere ipoteche è subordinato all'espressa autorizzazione dell'imprenditore. Questi atti normalmente richiedono un particolare conferimento di poteri; si deve tuttavia fare eccezione nel caso in cui il commercio di immobili costituisca l'oggetto dell'impresa: in questo caso l'autorizzazione è contenuta nella stessa preposizione.
Limitazioni possono essere poste ai poteri dell'institore anche con riferimento agli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa: e le limitazioni possono riguardare qualsiasi atto e non è possibile fissare *a priori* una categoria di atti il cui compimento debba rientrare nei poteri dell'institore.
L'unico principio che si può fissare con sicurezza è che le limitazioni possono riguardare atti singoli o singole categorie di atti, e non possono giungere sino al punto di vuotare di contenuto la preposizione institoria.
L'art 2204 riconosce la **legittimazione processuale attiva e passiva** dell'institore per le obbligazioni dipendenti dagli atti compiuti nell'esplicazione delle sue funzioni.

La legittimazione processuale dell'institore sussiste per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'ambito della preposizione: non si può fare distinzione tra obbligazioni *ex contractu* e obbligazioni *ex delicto*.

L'art 1392 prevede che la preposizione institoria non richiede particolari **forme**: soltanto quando gli atti compiuti dall'institore esigono una determinata forma sotto pena di nullità, anche la preposizione institoria o il potere di compiere quel determinato atto debbono risultare da atto scritto.

Per quanto riguarda l'alienazione e il commercio degli immobili la preposizione institoria deve risultare da atto scritto. Il problema è di forma e non di contenuto: la generalità della rappresentanza dell'institore opera anche in questo caso, purché esista quel presupposto formale al quale l'efficacia della rappresentanza è subordinata. Al di fuori di queste ipotesi, la preposizione institoria può effettuarsi in qualsiasi forma. L'atto scritto è necessario per la pratica attuazione della pubblicità. Quindi l'atto scritto non è richiesto per esigenze di forma, ma costituisce un onere per l'attuazione della pubblicità e per la produzione di quegli effetti che sono collegati alla pubblicità legale.

Se la procura institoria non è iscritta nel registro delle imprese le **limitazioni della rappresentanza** non sono opponibili ai terzi che non le conoscevano. In tal caso la rappresentanza si reputa generale: i terzi, in deroga al principio generale, non devono accertarsi del contenuto del potere di rappresentanza e ad essi non sono opponibili le limitazioni poste nell'atto di conferimento dei poteri, a meno che il preponente non provi che il terzo conosceva la limitazione al momento della conclusione dell'affare.

I terzi debbono poter contare sulla generalità della rappresentanza fin quando le limitazioni non siano rese pubbliche nelle forme prescritte dalla legge o non siano altrimenti a loro conoscenza.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Così come deve essere pubblicata la procura institoria, così debbono essere pubblicate le **modificazioni** o la **revoca** di essa e ciò anche se la procura non fu pubblicata: in mancanza, l'art. 2207 c.c. prevede che le modificazioni e la revoca sono opponibili al terzo soltanto se questi le conosceva.
In conseguenza della preposizione institoria incombono sull'institore gli stessi **obblighi** che gravano sull'imprenditore. Questi obblighi sussistono nei confronti dell'imprenditore e dei terzi, tuttavia l'inosservanza di essi da parte dell'institore non esonera l'imprenditore da responsabilità: l'art. 2205 c.c. prevede che la responsabilità dell'imprenditore non viene meno a causa della preposizione institoria.
L'institore, come ogni rappresentante:

- Deve **agire in nome dell'imprenditore**;
- Assume **obbligazione personale** se omette di far conoscere al terzo la propria qualità di institore.

Tuttavia l'art. 2208 prevede una **responsabilità dell'imprenditore** per gli atti compiuti dall'institore che siano pertinenti all'esercizio dell'impresa cui è preposto.
Presupposto fondamentale per l'applicazione di tale disposizione è che l'atto sia compiuto non *in nome proprio* dall'institore, ma **nell'interesse** del preponente: occorre cioè che, pur non avendo manifestato al terzo la propria qualità di rappresentante, l'institore agisca in esplicazione dell'incarico affidatogli, e che il riferimento dell'atto all'impresa sussista in concreto e non anche come possibilità astratta.

Il fondamento di tale soluzione si trova in ciò che la *contemplatio domini*, cioè l'agire come rappresentante dell'imprenditore, la quale è presunta negli atti compiuti in esplicazione della preposizione institoria e quindi l'imprenditore è vincolato. Ma questa presunzione può essere invocata dal terzo solo al fine di affermare l'obbligazione dell'imprenditore.

Procuratori

Figura distinta da quella dell'institore è quella del **procuratore**, che la legge prevede all'art. 2209 c.c.
Il procuratore è, come l'institore, un rappresentante generale dell'imprenditore, ed è a questo legato da un rapporto stabile, ma il suo potere di rappresentanza non è il riflesso delle funzioni a lui affidate nell'organizzazione dell'impresa.
Il procuratore non sostituisce l'imprenditore nella gestione dell'impresa, non è un preposto, non ha quindi un potere di gestione, ma è un **rappresentante** in virtù di un apposito conferimento di poteri e le sue funzioni si esplicano prevalentemente nel campo esecutivo.
Pertanto applicabili al procuratore sono tutte quelle disposizioni che hanno il loro fondamento nella generalità della rappresentanza, ma non quelle che trovano la loro giustificazione nel potere di gestione.
Anche per il procuratore è prescritta una pubblicità della procura, delle sue modificazioni o della revoca.

Non gravano sul procuratore gli obblighi inerenti all'esercizio dell'impresa. Al procuratore non compete la legittimazione processuale attiva e passiva, se non per effetto di un apposito conferimento di potere.

Commessi

Mentre le figure dell'institore e del procuratore sono caratterizzate dal potere generale di rappresentanza, i **commessi** sono ausiliari dell'imprenditore, ai quali sono state affidate funzioni tecniche limitate e da attuarsi sotto la direttiva dell'imprenditore o dell'institore.
Nella categoria dei commessi debbono farsi rientrare tutti gli altri ausiliari dipendenti dall'imprenditore: per tutti costoro vige il principio che essi possono compiere gli atti che ordinariamente comporta la specie di operazioni di cui sono incaricati (art. 2210 c.c.).
Anche qui possono essere apportare delle **limitazioni** al potere di rappresentanza. Questa è soltanto una conseguenza riflessa della attribuzione di funzioni nell'ambito dell'impresa e anche rispetto ai commessi il contenuto della rappresentanza è determinato in relazione alle funzioni attribuite al commesso.
La legge detta norme specifiche per i **commessi di negozio preposi alla vendita**, ed in particolare:

- L'art. 2210 c.c. precisa che, in mancanza di un particolare conferimento, esula dai poteri del commesso di esigere il prezzo delle merci di cui non faccia la consegna o di concedere dilazioni o sconti che non sono d'uso;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- L'art. 2211 c.c. prevede che il potere di determinazione del commesso trova una limitazione nel sistema generale adottato dall'imprenditore per le contrattazioni, per modo che non può il commesso derogare alle condizioni generali di contratto o alle clausole stampate su moduli senza una speciale autorizzazione scritta;
- L'art. 2213 c.c. prevede che per i commessi preposti alla vendita nei locali dell'impresa, i poteri sussistono soltanto in quanto gli atti siano conclusi nei locali dell'impresa.

Al **potere di rappresentanza** la legge riconnette:

- La legittimazione dei commessi a ricevere per conto dell'imprenditore le dichiarazioni che siano necessarie per l'esecuzione del contratto e i reclami relativi ad eventuali inadempienze:
- La legittimazione a chiedere provvedimenti cautelari nell'interesse dell'imprenditore.

Tuttavia, è esclusa la legittimazione processuale attiva e passiva. Naturalmente, la legittimazione sussiste soltanto in ordine ai contratti conclusi per tramite del commesso.

In applicazione a tale principio, la legge riconosce ai commessi preposti alla vendita nei locali dell'impresa il potere di ricevere il pagamento delle sole merci da essi vendute, salvo che al servizio di riscossione sia palesemente destinata una cassa speciale (art. 2313 c.c.).

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo V
L'individuazione dell'impresa

I mezzi di individuazione dell'impresa

L'impresa economica, operando sul mercato, deve potere essere **individuata** e **localizzata**. La concorrenza presuppone infatti la possibilità di individuare l'impresa ed i suoi prodotti.
L'individuazione può riguardare l'impresa come tale o invece i prodotti o ancora i locali nei quali l'attività imprenditrice si esplica. Esistono una pluralità di mezzi di individuazione o di segni distintivi:

- La **ditta**.
- L'**insegna**.
- Il **marchio**.

Questi segni distintivi, che la legge tutela, riconoscono all'imprenditore l'esclusività dell'uso e impediscono che altri se ne possano avvalere.
Questa **posizione di esclusività** viene giustificata considerando i segni distintivi come creazioni intellettuali: ma la tutela dei segni distintivi trova il suo fondamento e il suo limite nell'esigenza di individuazione dell'impresa, del locale in cui è esercitata, dei suoi prodotti ed esclusivamente in questa. Perciò in via di principio la posizione di esclusività sussiste solo fin quando è necessaria ai fini della individuazione e non oltre, cioè fin quando assolve la segnalata funzione concorrenziale.
Già così si comprendono alcuni caratteri della disciplina dei segni distintivi:

- In primo luogo il **principio della loro unitarietà**, espressamente affermato nell'art. 22 del codice della proprietà industriale, che impone di estendere la tutela anche nell'ipotesi in cui l'altrui segno distintivo sia utilizzato in forma diversa, per esempio l'altrui marchio come propria ditta. Questa posizione di esclusività gode in via di principio di una tutela soltanto relativa: quando non sussistano possibilità di confusione, è infatti possibile l'uso contemporaneo da parte di più persone di uno stesso segno distintivo;
- Le moderne tecniche di commercializzazione hanno messo in luce l'eventualità che il segno distintivo assuma sul mercato un valore proprio, un valore cioè soggettivo e attrattivo della clientela. Il legislatore disciplina l'ipotesi in cui, a causa della particolare rinomanza del segno, la sua utilizzazione da parte di altri, pur senza determinare confusione, sia in grado di provocare un indebito **vantaggio** a chi lo utilizza o un **pregiudizio** al valore del segno stesso.

I requisiti necessari per i segni distintivi sono la **verità** e l'**originalità**:

- Il segno distintivo non può essere scelto in modo da trarre in inganno il pubblico sulla natura dell'impresa o sull'origine e la provenienza del prodotto;
- Il segno distintivo deve essere originale e cioè deve avere la capacità distintiva, in quanto solo così può adempiere alla funzione che gli è propria;
- La tutela del segno distintivo risulta essere differente rispetto alla tutela per le creazioni intellettuali. La legge rispetto alla ditta, fa riferimento alla scelta, non alla creazione. Ciò non esclude che in talune ipotesi il segno distintivo possa essere il risultato di un'attività creativa.

La ditta

Tra i segni distintivi assume importanza in primo luogo la **ditta**, cioè il nome sotto il quale l'imprenditore svolge la sua attività. La ditta:

- Contraddistingue l'impresa come tale;
- Costituisce un mezzo di individuazione necessario dell'impresa economica.

Come la persona ha necessariamente un nome, l'impresa ha necessariamente la ditta. La ditta può anche corrispondere al nome dell'imprenditore, ma questo nome, in quanto ditta, ha un proprio regime giuridico, essenzialmente diverso da quello posto per il nome della persona.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Questa diversità si rileva soprattutto sotto due aspetti:

1. L'art. 2564 prevede che pur essendovi esatta corrispondenza nel nome di due imprenditori, non può sussistere omonimia tra le ditte rispettivamente assunte. Vige per la ditta il principio che, quando la ditta sia uguale o simile a quella usata da altro imprenditore, essa debba essere integrata o modificata con indicazioni idonee a differenziarla. L'obbligo di differenziazione grava sulla ditta adottata in epoca cronologicamente successiva o, nel caso di imprese soggette a registrazione, sulla ditta registrata in epoca posteriore;
2. L'art. 2565 prevede che il nome, come mezzo di individuazione della persona, cessa ogni funzione con la morte della persona stessa e non può essere trasferito ad altri, mentre la ditta, come mezzo di individuazione dell'impresa, conserva la sua funzione anche quando l'imprenditore sia morto o abbia cessato la sua attività, purché l'impresa sussista. Da ciò la trasmissibilità della ditta in caso di successione per causa di morte dell'azienda e di continuazione da parte di altri dell'attività imprenditrice.

Si è molto discusso in dottrina se la ditta individui l'attività dell'imprenditore o l'azienda. In realtà, la ditta contraddistingue l'impresa economica. Il solo problema che si può porre e quello se la regolamentazione della ditta si attui prevalentemente su basi soggettive o invece su basi oggettive: e tale problema va risolto in modo diverso nei diversi ordinamenti giuridici. Per quanto riguarda il sistema seguito nel codice italiano non sembra dubbio che anche per la ditta si riproduca quella prevalenza che è attribuita all'attività dell'imprenditore rispetto all'azienda.

La ditta pertanto è il mezzo di individuazione della persona in quanto imprenditore: ciò spiega come la tutela della ditta sorga e si ponga autonomamente dalla tutela del nome essenzialmente per le persone fisiche, le quali possono usare mezzi di individuazione diversi per ciascuna di esse.

L'**art. 2563** c.c. prevede che la ditta, in quanto mezzo di individuazione dell'imprenditore, debba contenere almeno il cognome o la sigla dell'imprenditore; questa però non è un'esigenza inderogabile: infatti, per le ditte derivate (ossia per quelle ditte che sono state ricevute attraverso una successione nell'azienda) questa esigenza non sussiste.

L'**art. 2565** c.c. prevede che la ditta è legata, oltre che alla persona dell'imprenditore, anche all'**azienda**, e cioè ai beni che costituiscono strumento della sua attività. Non è pertanto ammissibile un trasferimento della ditta che non sia collegato con il trasferimento dell'azienda.

La **tutela della ditta** si concretizza nel riconoscere all'imprenditore l'esclusività dell'uso della ditta da lui prescelta. Il che comporta:

- La possibilità di respingere la pretesa altrui diretta a contestare l'uso che egli faccia della ditta:
- La possibilità di impedire che altri utilizzino la ditta da lui prescelta.

La **tutela** della ditta si esplica *erga omnes*. Il **diritto alla ditta** è un diritto assoluto, come il diritto al nome. Non è che si abbia un diritto di proprietà sulla ditta, ma la tutela è apprestata soltanto nei limiti in cui sia necessaria ai fini dell'individuazione, e cioè fin quando l'attività imprenditrice sussista e in quei limiti in cui la ditta serva a differenziarla.

La tutela della ditta è, inoltre, subordinata alla **registrazione** di essa nel registro delle imprese:

- L'**art. 2566** prevede che la registrazione è consentita soltanto nel caso in cui la ditta abbia i requisiti voluti dalla legge e, se si tratti di ditta derivata, in quanto sia depositata copia dell'atto in base alla quale ha avuto luogo la successione nell'azienda;
- L'**art 2564** prevede che la priorità nella registrazione serve a risolvere i conflitti che possono insorgere tra gli imprenditori.

Essendo la ditta un mezzo di individuazione della persona, le **obbligazioni** possono essere assunte anche mediante la spendita del nome della ditta anziché del nome dell'imprenditore, purché risulti inequivocabilmente la persona dell'obbligato.

Soltanto per gli atti formali può sorgere il problema se sia sufficiente l'uso della ditta o sia invece necessaria la spendita del nome. Il problema è semplificato dal fatto che la ditta comprende normalmente il nome dell'imprenditore. Sembra innegabile l'equiparazione alla sottoscrizione della spendita della ditta. Questo principio è espressamente affermato nell'art. 8 della Legge cambiaria e nell'art.11 della Legge sugli assegni.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'insegna

L'**insegna** è il segno distintivo del locale nel quale si svolge l'attività dell'imprenditore. Essa può corrispondere alla ditta o può invece avere un contenuto diverso ed essere formata mediante una denominazione o anche mediante figure o simboli. In questo caso, la tutela dell'insegna presuppone che la denominazione o il simbolo abbiano carattere di **originalità**, di **capacità distintiva**, di **novità** e che siano tali da non generare confusione.
Il diritto all'uso esclusivo della insegna non sussiste quando essa risulta formata da una denominazione generica (caffè, ristorante, albergo, deposito).
Quando la denominazione, le figure o i simboli adottati siano tali da generare confusione, l'art. 2568 pone l'**obbligo della differenziazione**: tale obbligo grava sull'imprenditore che abbia prescelto per secondo come insegna quella denominazione o figura o simbolo.
Decisivo in caso di conflitto è pertanto il momento dell'adozione dell'insegna: tuttavia, nel caso in cui l'insegna corrisponda alla ditta, l'eventuale conflitto va risolto in base ai criteri che riguardano la ditta, e cioè avendo riguardo alla priorità dell'iscrizione della ditta nel registro delle imprese.

L'esigenza di tener conto delle più moderne tecniche di commercializzazione ha posto il problema della possibilità di equiparare ai "locali" anche i siti dell'universo internet usati nell'attività economica, al fine di applicare la disciplina dell'insegna ai nomi a dominio: ad essa si riferiscono gli artt. 12 e 133 cod. propr. ind., i quali prevedono la possibilità di ottenere la revoca della registrazione del nome a dominio concessa in violazione di un marchio altrui.

La sede dell'impresa

La legge fissa **territorialmente** l'impresa, attribuendo rilevanza giuridica al luogo nel quale si svolge l'attività imprenditrice.
La sede dell'impresa è costituita dal luogo nel quale è posta la direzione amministrativa dell'attività imprenditrice.

- La sede dell'impresa assume un'autonomia rispetto al domicilio delle **persone fisiche**, in quanto questo riguarda la generalità degli affari e interessi economici;
- Per le **società**, la sede dell'impresa coincide con la sede sociale, dato che l'esercizio dell'impresa costituisce l'unico oggetto dell'attività dell'ente.

La sede dell'impresa ha rilevanza sotto diversi aspetti:

1. Ai fini delle iscrizioni nel registro delle imprese (da compiere presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è posta la sede dell'impresa);
2. Ai fini della competenza in ordine alla dichiarazione di fallimento (la quale è attribuita al Tribunale del luogo dove è posta la sede dell'impresa).

L'**art. 2197** prevede la possibilità di un **decentramento** nell'amministrazione delle imprese e ammette la possibilità di **sedi secondarie** accanto alla sede principale.

La legge non precisa i caratteri che deve avere la sede secondaria, e in pratica non sempre agevole sarà l'individuazione del luogo in cui è posta la sede principale. Sembra tuttavia che debbano sussistere due requisiti perché si parli di sede secondaria: devono sussistere i caratteri della sede (e cioè una autonomia di gestione e di rappresentanza), ma al tempo stesso questa autonomia deve essere contenuta in un ambito più ristretto sia territorialmente, sia funzionalmente di quella che si verifica in un altro centro amministrativo, il quale va pertanto considerato come principale.

Il marchio: funzioni e caratteri

Il **marchio** è il segno distintivo del prodotto o del servizio, e precisamente il segno attraverso il quale se ne attesta la provenienza da una determinata impresa.
Il suo ruolo è indubbiamente centrale tra i segni distintivi dell'impresa, e infatti gli è stata destinata una disciplina ben più completa ed articolata rispento a quanto non avvenga per gli altri segni distintivi.
La sua disciplina è ora contenuta nel codice della proprietà industriale e nel relativo regolamento di attuazione, in tal modo enucleandosi i principi comuni anche ocn le invenzioni ed analoghi prodotti dell'ingegno.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Quest'ultimo aspetto non elimina la circostanza che esso rileva soprattutto per la sua **funzione distintiva**, e in questo senso assume una configurazione ben diversa dai diritti sulle opere dell'ingegno.
Consegue infatti alla funzione distintiva del marchio la necessità che esso rappresenti un **segno estrinseco** al prodotto: questo infatti deve essere completo sia funzionalmente sia esteticamente senza il marchio, ed esso non può pertanto consistere nella forma del prodotto o dell'involucro.

L'art. 9 cod. propr. Ind. esclude infatti che possano adottarsi come marchi "i segni costituiti esclusivamente dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto, dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico e dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto". La tutela dell'imprenditore in questo caso non si attua sulla base delle norme sui marchi: ciò in quanto altrimenti, la disciplina dei marchi diverrebbe lo strumento per superare i limiti che l'ordinamento pone per la tutela dei modelli di utilità o dei disegni e modelli.

L'art 7 del Codice della proprietà industriale prevede che possono costituire marchi di impresa tutti i **segni suscettibili di essere rappresentati graficamente**.

Es. → *Le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, i suoni, la forma del prodotto o della confezione di esso, le combinazioni o le tonalità cromatiche*.

I **marchi** possono essere:

- **Nominativi**, ossia possono risultare da una denominazione;
- **Emblematici**, ossia possono risultare da segni, figure o simboli;
- **Misti**, e cioè risultare insieme da figure o simboli e da denominazioni.

Possono poi esistere:

- **Marchi individuali**;
- **Marchi collettivi** (art. 2570 c.c.), i quali svolgono la funzione di garantire la natura, l'origine o la qualità del prodotto. Questi marchi possono essere quindi registrati da soggetti che poi ne concedono l'uso agli imprenditori interessati; e, per questo motivo, a differenza dei marchi individuali, possono limitarsi ad indicare la provenienza geografica dei prodotti.

Alla disciplina interna del marchio si aggiungono:

- Quella del marchio comunitario;
- La convenzione di Parigi del 20 marzo 1883;
- L'accordo di Madrid del 14 aprile 1891;
- Il protocollo aggiuntivo del 27 giugno 1989;
- Il trattato sul diritto dei marchi di Ginevra del 27 ottobre 1994.

La legge riconosce al titolare il diritto all'**uso esclusivo** del marchio nonché il diritto a che esso non venga soppresso da altri.

Es. → *L'art. 2569 prevede che il rivenditore può aggiungere il suo marchio di commercio ma non può sopprimere il marchio di fabbrica*.

Il diritto all'uso esclusivo consiste nel potere di vietare a terzi, salvo il proprio consenso, l'uso di un segno identico o simile a quello registrato come marchio: il divieto riguarda soltanto l'utilizzazione del marchio per prodotti identici o affini a quelli per i quali il marchio era stato registrato, e sempre che possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico.

La tutela del marchio ha posto al legislatore e all'interprete il problema dei suoi limiti, per evitare in particolare che esso diventi strumento per pratiche monopolistiche e sia utilizzato per finalità ultronee rispetto a quelle sue proprie.
Si è così formulato il principio dell'esaurimento del diritto, secondo cui il titolare del diritto cui sia imputabile l'immissione in commercio del prodotto nella comunità europea non può opporsi alla sua ulteriore commercializzazione.
Viene inoltre riconosciuta la liceità dell'altrui uso di un marchio di impresa quando esso svolga una funzione descrittiva delle caratteristiche del proprio prodotto ed in tal senso non venga utilizzato nel suo specifico significato di marchio. Tale soluzione che vuole evitare che il marchio si traduca in uno strumento atto a comportare una posizione di monopolio.

Nell'ipotesi di marchio **celebre** o di **alta rinomanza**, il segno non svolge solamente una funzione distintiva, ma ha anche un **valore economico**, in ragione della capacità attrattiva di cui risulta dotato: il divieto viene quindi esteso anche all'uso di segni identici per prodotti o servizi non affini qualora la sua utilizzazione, senza giusto motivo, consenta di trarre indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o addirittura finisca per pregiudicarli.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La tutela del marchio in sede civile è fondamentalmente volta all'**inibizione** dell'uso del marchio da parte di persona diversa dal titolare ed al **risarcimento** dei danni: l'inibizione è data per il fatto stesso di tale uso, senza che occorra un'indagine sulla colpevolezza e sul danno.

I requisiti

Il titolo di proprietà industriale relativo al marchio, con i diritti esclusivi che esso conferisce, si acquista mediante **registrazione**, da effettuarsi presso l'Ufficio italiano brevetto e marchi.

Per poter essere registrato come marchio, il segno deve essere dotato di tre requisiti: **novità**, **capacità distintiva** e **liceità**.

1. Il primo e più importante presupposto della tutela del marchio è quello costituito dalla sua **novità**: esso è assente quando il marchio risulta essere identico o simile ad altro segno da altri già registrato o già usato con notorietà generale. La mancanza di novità può quindi derivare:
    a. Dalla **altrui registrazione del segno**: in questo caso l'impedimento ha carattere assoluto e solo qualora la registrazione abbia perso la sua efficacia, per scadenza da oltre 2 anni o per decadenza per non uso, il requisito della novità può ritenersi ugualmente sussistente;
    b. Da **altrui uso con notorietà generale**, il quale non è in grado di attribuire un diritto esclusivo, ma solo di impedire l'altrui registrazione. Un uso precedente che non importi notorietà del segno, o ne importi una puramente locale, non fa invece venire meno la novità: in tal caso la registrazione resta valida, ma il terzo ha il diritto di continuare nell'uso del segno distintivo nei limiti in cui lo aveva usato prima della registrazione.

   Anche l'uso del marchio non registrato può dunque fondare un diritto (c.d. **preuso**), non però esclusivo *erga omnes*, ma soltanto nei confronti di chi eventualmente l'abbia poi registrato.

   Deve essere tenuto presente che la novità deve essere ovviamente valutata con criteri omogenei a quelli che definiscono l'ambito del diritto all'uso esclusivo del marchio: essa può dirsi mancante solo qualora il segno sia stato utilizzato nell'ambito dello stesso genere di prodotti. Nel caso il marchio sia stato già utilizzato in altri settori, fa venire meno la novità solamente nel caso di marchio "rinomato".
2. Il marchio, oltre ad essere nuovo**,** deve possedere una propria **capacità distintiva** ed essere in tal senso suscettibile di appropriazione individuale. Si tratta di un requisito che non solo corrisponde alla funzione distintiva del marchio, ma vale anche ad impedire l'eventualità che si consegua una posizione sostanzialmente monopolistica sul mercato del prodotto. A questa esigenza di una capacità distintiva corrispondono due istituti che ne sottolineano in modo diverso il ruolo centrale:
    a. La c.d. **volgarizzazione**, l'ipotesi cioè di un marchio che sia divenuto nel commercio denominazione generica del prodotto o del servizio o abbia comunque perduto la sua capacità distintiva. In tal caso la legge prevede la decadenza del marchio;
    b. Il c.d. ***secondary meaning***, che si verifica qualora il segno abbia acquistato, a seguito dell'uso, un carattere distintivo del quale risultava originariamente privo. Tale vicenda, oltre a non impedire la registrazione del marchio, ne preclude la dichiarazione di nullità.
3. Infine vi è il requisito della **liceità** del marchio. Esso manca quando:
    a. Il segno sia contrario alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume;
    b. Il segno sia idoneo ad ingannare il pubblico;
    c. Il suo uso rappresenterebbe la violazione di un diritto esclusivo di terzi.

La mancanza dei requisiti di legge comporta la **nullità** del marchio registrato. Nel caso in cui il marchio sia stato registrato da persona diversa dall'avente diritto, quest'ultimo, in alternativa all'azione volta a far valere la nullità della registrazione, può esercitare un'azione di rivendica per ottenere che l'avvenuta registrazione o la relativa domanda siano trasferite a proprio nome.

I requisiti del marchio non sono individuati solamente nel momento iniziale della registrazione, ma anche nelle vicende successive che possono caratterizzarne la posizione nel mercato e in particolare della sua **utilizzazione**: è infatti vietato l'**uso decettivo** del marchio (la sua utilizzazione in modo da renderlo

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

idoneo a trarre in inganno il pubblico). In questa ipotesi il marchio non è di per sé ingannevole, ma lo diventa a seguito del modo in cui viene usato.
La **decadenza** del marchio si ha in varie ipotesi:

- Violazione del divieto dell'**uso decettivo** del marchio;
- Ipotesi di **volgarizzazione**;
- Caso di **mancato uso** del marchio da parte del titolare (o col suo consenso) protratto per oltre cinque anni.

L'art. 123 cod. propr. Ind. in relazione a tutti i titoli di proprietà industriale afferma l'efficacia *erga omnes* della sentenza che accerta la nullità o decadenza del marchio. Spetta al pubblico ministero e a chiunque vi abbia interesse la legittimazione all'esercizio delle azioni di nullità e di decadenza. L'azione diretta a far valere la nullità del marchio per la sussistenza di diritti anteriori o per violazione di diritti altrui esclusivi oppure per essere stato registrato da persona diversa dall'avente diritto, può essere esercitata soltanto dal titolare dei diritti anteriori o dall'avente diritto.

Il trasferimento

L'art. 2573 prevede che il marchio può essere liberamente **trasferito** o concesso in **licenza**, anche per una parte soltanto dei prodotti o servizi per il quale era stato registrato: il trasferimento e la licenza non devono tuttavia in alcun caso trarre in inganno il pubblico in ordine ai caratteri del prodotto o del servizio che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico.
Il tema del **trasferimento del marchio** svolge tradizionalmente un ruolo decisivo:

- Da un lato ne possono derivare vincoli più o meno rigidi perché il suo trasferimento possa ritenersi compatibile con tale funzione distintiva;
- Dall'altro appare innegabile che in una serie di casi il marchio può in quanto tale acquistare un proprio valore e possono quindi manifestarsi esigenze nel senso di una sua commercializzazione.

Il legislatore si orientò per l'istituzione del c.d. "vincolo aziendale", il principio cioè secondo cui il marchio può essere trasferito soltanto con l'azienda o con un ramo particolare di essa: con l'esplicita previsione inoltre della condizione che "il trasferimento del marchio stesso avvenga per l'uso di esso a titolo esclusivo"

Per quanto riguarda la **licenza di marchio**, la legge precisa che essa può anche essere non esclusiva, ma in tal caso è necessario che il licenziatario si obblighi espressamente ad usare il marchio per prodotti o servizi eguali a quelli messi in commercio con il medesimo marchio dal titolare o da altri licenziatari: il che implica l'esigenza che al licenziante sia contrattualmente consentita una qualche forma di controllo in merito alle caratteristiche qualitative del prodotto.
Sono soggetti a **trascrizione** presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi:

- Gli atti di trasferimento del marchio, di divisione, di società, di transazione e di rinunzia nei quali venga in considerazione il marchio;
- Le sentenze che accertino l'esistenza di questi atti;
- I testamenti o gli atti che provino la successione legittima e le sentenze relative;
- Le sentenze che dichiarino la nullità del marchio;
- Le sentenze che dichiarino la nullità, l'annullamento, la risoluzione, la rescissione o la revocazione di un atto già trascritto.

Gli effetti della trascrizione dei singoli atti o delle sentenze sono quelli fissati nel codice civile (arttt. 138 e 139 cod. prod. ind.).

Il contratto di *merchandising*

Con la disciplina del marchio e in particolare del suo trasferimento interferisce la prassi del ***merchandising***. Si tratta di un contratto che può in realtà presentarsi in due forme ben distinte:

1. Vi è una prima ipotesi nella quale il **titolare di un marchio** che abbia acquisito rilevante notorietà presso il pubblico dei consumatori **ne concede in licenza l'uso** ad altro imprenditore che se ne avvale per promuovere la vendita di prodotti o servizi diversi da quelli forniti dal primo.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Es. → *Quando il marchio di una nota azienda turistica viene utilizzato, da altro imprenditore e dietro licenza, per prodotti di abbigliamento*.

Ciò consente di sfruttare il valore che il marchio ha acquisito nel mercato. Spesso in tali contratti viene previsto un potere di controllo da parte del concedente in merito alle caratteristiche di stile e di qualità del prodotto stesso.

In tal caso si è in presenza di una fattispecie di licenza di marchio caratterizzata da due requisiti:

a. Il requisito di essere destinata all'utilizzazione per prodotti diversi da quelli forniti dal licenziante;
b. Il requisito di riguardare marchi dotati di rinomanza.

A tale ipotesi si riferiscono:

a. Sia la disposizione che riconosce al titolare del marchio che gode di rinomanza il diritto di vietarne a terzi, salvo proprio consenso, l'uso per prodotti o servizi non affini;
b. Sia la disposizione che ammette la possibilità di registrare il marchio non soltanto da parte di chi si proponga di utilizzarlo, ma anche da chi intenda farlo utilizzare da altre imprese con il suo consenso, ripromettendosi di concedere a terzi il diritto di far uso del suo marchio per i loro prodotti o servizi.

2. La seconda ipotesi ha per oggetto **segni diversi da un marchio**, come quando si tratta di nomi di personaggi famosi dello sport o dello spettacolo, o anche di nomi di fantasia dotati di sufficiente notorietà. Al riguardo, va segnalata la regola secondo cui la registrazione e l'utilizzazione come marchio di **nomi notori** può avvenire solo da parte dell'avente diritto o col suo consenso: una regola, questa, diretta appunto a tutelare il loro valore attrattivo e a riservarne il godimento, diretto o indiretto, al titolare.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo VI
La disciplina dell'attività imprenditrice

La concorrenza

La libera concorrenza

Il principio di libertà vale anche nel campo dell'attività economica. L'art. 41 Cost. lo ribadisce al primo comma, disponendo che "*l'iniziativa economica privata è libera*". Ogni singolo può creare un'impresa e determinare lo svolgimento dell'attività nel modo più opportuno per la realizzazione del profitto.
Il principio di libertà nel campo dell'iniziativa economica trova attenuazioni sia in conseguenza di limitazioni legislative, sia in conseguenza di determinazioni vincolanti dell'autorità governativa: e queste attenuazioni potrebbero ulteriormente accentuarsi ove il legislatore provveda, in attuazione del principio sancito all'art. 41, comma 3, Cost., a dirigere e coordinare in concreto l'attività economica.
La libertà di iniziativa economica può trovare limiti nell'esistenza di monopoli legali o nella necessità di autorizzazioni o nella previsione di controlli.
Sia pure con l'attenuazione degli adempimenti previsti dalla legge a ciascuno è assicurata la possibilità di contrapporre la propria iniziativa economica alla altrui iniziativa. Il principio base dell'ordinamento attuale rimane quindi quello della **concorrenza**.
Per questo motivo, tra le funzioni della vigilanza affidate alle c.d. **autorità amministrative indipendenti** è di solito presente anche quella di salvaguardare il tasso di concorrenzialità compatibile con i vincoli economici e con quelli legislativi specifici di ciascun mercato.
In termini generali, la libertà di iniziativa economica si traduce comunque in una libertà di concorrenza, e regime di libera concorrenza si definisce, in contrapposizione a regime di monopolio, quello in cui la libertà di iniziativa economica ha possibilità di esplicarsi.
Tuttavia, la libertà di iniziativa economica comprende in sé anche la libertà di limitare la propria attività di impresa e di regolare i rapporti di concorrenza con altri imprenditori. E appunto sulla base della libertà di iniziativa economica sono sorte le c.d. **intese industriali**, e cioè accordi tra imprenditori diretti a coordinare e a limitare nel reciproco interesse l'attività di impresa.

- Se libertà di iniziativa economica è, sotto il profilo soggettivo, libertà di concorrenza;
- Essa non lo è anche necessariamente sotto il profilo oggettivo, ossia sotto quel profilo che ha riguardo alla situazione di mercato.

La libertà di iniziativa economica è indubbiamente un presupposto necessario perché possa instaurarsi un regime di libera concorrenza, ma non è il solo. È un presupposto in quanto soltanto nel campo in cui l'iniziativa economica è libera può realizzarsi la contemporanea presenza sul mercato di più operatori economici, ma non è l'unico presupposto perché la libertà di iniziativa economica:

- Non vale ad assicurare effettivamente la presenza sul mercato di più operatori economici;
- Non vale ad eliminare la possibilità che un imprenditore o un gruppo influisca sui prezzi e sulle condizioni di mercato;
- Non vale ad impedire la eliminazione di una concorrenza effettiva.

In sostanza, la libertà individuale di iniziativa economica è un presupposto necessario perché il mercato sia oggettivamente concorrenziale, ma la sua esplicazione può incidere negativamente sul regime oggettivo di libera concorrenza. Per garantire il carattere oggettivamente concorrenziale del mercato è necessario limitare la libertà di iniziativa economica, ricercare un equilibrio tra questa finalità generale e gli obiettivi di efficienza e di equità.
A questo fine provvede la disciplina della **tutela della concorrenza e del mercato** (la c.d. **disciplina *antitrust***), la quale appunto si propone di realizzare tale equilibrio secondo modalità che rendano compatibili gli obiettivi di efficienza agli assetti, perseguiti dall'ordinamento.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

D'altra parte, se un sistema concorrenziale implica per definizione una competizione tra operatori economici, esso richiede anche che siano definite le relative regole affinché la competizione possa correttamente svolgersi e dare i suoi benefici. A questa esigenza si ricollega la disciplina volta a reprimere la **concorrenza sleale**, che persegue soprattutto l'obiettivo della **tutela dei concorrenti**.
Infine, i **consumatori** hanno una posizione significativa tra i protagonisti del mercato, e quindi le regole sulla concorrenza devono essere definite anche in considerazione dei loro interessi, così da evitare comportamenti scorretti idonei ad alterare le loro decisioni e ad alterare la loro libertà di scelta. A ciò provvede ora la disciplina della pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori.

La disciplina della concorrenza e del mercato

Per quanto concerne l'esigenza di una tutela della concorrenza come situazione di mercato vi è da ricordare che essa, in altri ordinamenti riconosciuta da epoca ormai lontana, ha trovato infine riconoscimento anche nella legislazione italiana con la legge 10 ottobre 1990 n. 270, recante appunto "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*".
Questa legge rappresenta per il nostro ordinamento la prima normativa di portata generale; essa ha poi trovato un indiretto riconoscimento costituzionale con l'art. 117, comma 1, Cost., il quale comprende la tutela della concorrenza tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello stato.
L'art. 2 della legge 11 novembre 2011, n. 180 prevede la **libertà di concorrenza**, accanto a quella di iniziativa economica, di associazione, di modello societario, di stabilimento e di prestazione di servizi, tra i principi riconosciuti dall'Unione europea che concorrono a definire lo statuto delle imprese e dell'imprenditore.

In attuazione del precetto costituzionale, l'art. 34 del D. L. 6 dicembre 2011 n. 201 ha individuato nel "principio di libertà di accesso, di organizzazione e di funzionamento" il fondamento della disciplina delle attività economiche, subordinando la previsione di autorizzazioni o controlli preventivi alla ricorrenza di esigenze imperative di interesse generale e al rispetto di del "principio di proporzionalità" al fine di garantire che:

- La libertà di concorrenza si svolga secondo condizioni di pari opportunità.
- Sia assicurato il corretto ed uniforme funzionamento del mercato e di offrire ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di accessibilità sul territorio nazionale ai beni e servizi.

Questo sistema si articola su una **pluralità di livelli**, caratterizzati per un verso dal significato settoriale oppure generale della disciplina, per l'altro dalla sua puntualizzazione con riferimento al mercato nazionale interno oppure all'intero mercato europeo.

Dal primo punto di vista deve ricordarsi infatti che già prima dell'emanazione della legge n. 287 del 1990 erano state introdotte nel nostro ordinamento discipline antimonopolistiche di settore:

- Ciò è avvenuto in primo luogo riguardo al mercato editoriale e della stampa quotidiana, nei cui confronti vige una disciplina interna antitrust volta ad impedire l'abuso e la creazione stessa di una posizione dominante.
- In senso analogo è orientata la disciplina in materia di radiotelevisione che considera unitariamente i due settori dell'editoria e della radio diffusione, che compongono, insieme ad altri, il "sistema integrato delle comunicazioni".

Operano invece con portata generale nel nostro ordinamento, senza limitazione quindi a singoli settori economici, sia la disciplina interna adottata con la legge n. 287 del 1990 sia quella della Comunità europea risultante in particolare dagli artt. 81 e 88 del Trattato istitutivo della Comunità europea, ora riprodotti negli artt. 101 ss. TFUE. Interessante è osservare che il nostro legislatore riconosce la pregiudizialità, per certi aspetti addirittura prevalenza, delle norme europee su quelle interne, le quali si applicano alle sole fattispecie che non ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina europea.

Il punto può essere illustrato facendo riferimento all'ipotesi di intese restrittive della concorrenza. L'applicazione del principio di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 287/1990 comporta che un'intesa restrittiva della concorrenza tale da produrre i suoi effetti sul mercato unico e europeo, e a maggior ragione quindi rilevante per il singolo mercato nazionale, viene sottratta alla disciplina specificatamente dettata per quest'ultimo: fattispecie quindi cui di per sé sarebbe applicabile la normativa nazionale, ma sono sottoposte soltanto a quella europea, in quanto sono rilevanti anche per quella europea.

Ancora più significativa è la regola secondo cui "*l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle comunità europee in materia di disciplina*

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

della concorrenza" (art. 1, comma 4, l. n. 287/1990): sicché la disciplina nazionale assume il significato di parte integrante di un sistema in cui centrale è la prospettiva europea.

Il punto assume rilievo soprattutto se si tiene presente che la valutazione di una disciplina *antitrust* non può esaurirsi in una considerazione dei dati legislativi formali, ma dipende anche dalla prassi degli organi che in via amministrativa e giudiziaria sono preposti alla sua attuazione: la regola interpretativa appena indicata consente quindi di avvalersi anche della cospicua prassi giurisprudenziale ed esecutiva rispettivamente della corte di giustizia e della commissione europea.

A questa pluralità di livelli in cui si pongono i diversi interventi normativi *antitrust* rilevanti per il nostro ordinamento corrispondono una pluralità di autorità e competenze. La competenza a vigilare è attribuita:

- In sede europea alla **Commissione europea**;
- Sul piano interno all'**Autorità garante della concorrenza e del mercato**, dotata di autonomia e indipendenza sia organizzativa sia decisionale.

Ad essa sono attribuiti poteri di indagine ed istruttori che possono essere attivati d'ufficio o su richiesta di chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni dei consumatori ed il cui concreto esercizio è ora disciplinato da un apposito regolamento. Essa è destinataria delle comunicazioni da parte delle imprese interessate.

La disciplina a tutela della concorrenza e del mercato è del resto applicabile, oltre che alle imprese private, anche a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale.

La legge riconosce rilievo anche alla particolare collocazione di singoli settori economici ed alle speciali forme di vigilanza cui sono istituzionalmente sottoposti, ed afferma in proposito il principio secondo cui, nel caso di imprese appartenenti a settori sottoposti alla vigilanza di più autorità, ciascuna di esse può adottare i provvedimenti di propria competenza.

Ciò avviene in particolare per il settore assicurativo e soprattutto per quello bancario; rispetto a quest'ultimo infatti si prevede che, nel caso di concentrazione:

- Alla Banca d'Italia competano le "valutazioni di sana e prudente gestione";
- All'Autorità garante quelle "relative all'assetto concorrenziale del mercato".

<u>Le singole fattispecie</u>

I due sistemi, quello nazionale e quello europeo, si volgono essenzialmente a tre tipi di fattispecie di cui considerano gli effetti negativi per l'assetto concorrenziale del mercato:

- Le **intese restrittive** (art. 2, legge n. 287 del 1990 e art. 101 TFUE);
- L'**abuso di posizione dominante** (art. 3, legge n. 287 del 1990 e art. 102 TFUE).
- Le **concentrazioni** (artt. 5-7 legge n. 287 del 1990 e regolamento CE n. 139/2004).

A. Per quanto riguarda le **intese restrittive**, sono quelle:
   - Che hanno per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza <u>all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante</u>; o
   - Che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della <u>concorrenza all'interno del mercato interno</u>.

   I due sistemi usano formulazioni letterali coincidenti, ed entrambi aggiungono a una definizione generale un'elencazione di operazioni che vengono ritenute di per sé comprese nel divieto.
   - Dal primo punto di vista, il legislatore sia nazionale sia europeo non può limitarsi a sanzionare le sole intese che giuridicamente si traducono in formali accordi contrattuali: perciò ci si riferisce anche a **pratiche concordate** (comportamenti consapevolmente comuni a più imprese) ed a **decisioni o deliberazioni di associazioni di imprese** o simili;
   - Dall'altra parte si deve tener conto che le intese vietate sono quelle che intercorrono tra imprese indipendenti, non quando instaurate all'interno di un **gruppo**: non sarebbe plausibile pretendere un comportamento concorrenziale tra imprese dello stesso gruppo,

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

mentre lo svolgimento da parte loro di un'azione comune è un dato che partecipa alla definizione stessa del gruppo.

Entrambe le discipline *antitrust* adottano una prospettiva di divieto, nel senso che le intese restrittive sono in via di principio **vietate**. Esse però, per consentire la necessaria elasticità nell'applicazione della normativa, prevedono la possibilità di deroghe o esenzioni. Entrambi i sistemi richiedono a tal fine che l'intesa sia giustificata nella prospettiva del progresso economico e che vada a vantaggio dei consumatori.

La disciplina interna riconosce in proposito rilevanza pure alla "*necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale*".

L'operatività di tali deroghe risulta adesso nei due sistemi sensibilmente diversa: mentre infatti nell'ordinamento italiano le intese restrittive sono considerate di per sé vietate, salvo che non siano state autorizzate dall' Autorità garante della concorrenza o del mercato, in quello comunitario è stato adottato il sistema opposto, quello della c.d. eccezione legale, e cioè la regola, in base alla quale le intese restrittive che soddisfano le condizioni previste dal par. 3 dell'art. 101 del TFUE sono lecite in quanto tali, indipendentemente cioè da una precisa decisione in tal senso.

Su questo piano gli organi europei, sia il Consiglio sia la Commissione, hanno compiuto una vasta opera di produzione normativa essenzialmente volta a predeterminare i criteri sulla cui base le suddette valutazioni dovranno essere compiute: al riguardo, meritano in particolare di essere segnalati:

- Il regolamento CEE n. 19/65 rivolto a considerare i problemi specifici delle "intese verticali", tra imprese cioè che operano in diversi livelli del ciclo produttivo;
- I reg. CE n. 2658/2000 e 2659/2000 circa gli accordi di specializzazione e in materia di ricerca e sviluppo.

Alla violazione interna del divieto consegue in entrambi i sistemi la nullità delle intese ad ogni effetto e di pieno diritto: il Regolamento CE n. 1/2003 precisa che le fattispecie a rilevanza europea che non soddisfano le condizioni previste dall'art. 101 TFUE sono da considerarsi vietate *ex lege*, senza che cioè occorra una previa decisione in tal senso.

È chiaro però che tale tipo di sanzione può risultare non del tutto efficace: si tratta infatti di accordi che possono corrispondere agli interessi di tutte le parti e che perciò possono essere volontariamente eseguiti pur se invalidi, e può inoltre trattarsi di comportamenti di mero fatto.

Il regolamento CE n. 1/2003 ha previsto la possibilità della Commissione di infliggere alle imprese o alle associazioni di imprese ammende e penalità di mora particolarmente sensibili.

L'art. 15 della legge n. 287 del 1990 prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa calcolata sulla base di una percentuale di fatturato delle imprese interessate; e perciò tra i poteri dell'Autorità garante sono stati previsti pure quello di adottare misure cautelari, e di infliggere sanzioni amministrative pecuniarie nel caso di loro mancato rispetto e per l'ipotesi di inadempimento degli impegni assunti nel corso di un'istruttoria per infrazione.

B. L'art. 3 della l. n. 287/1990 e l'art. 102 TFUE vietano **l'abuso** e lo sfruttamento abusivo **di una posizione dominante**. Anch'essi contengono un'indicazione esemplificativa di comportamenti che sono ritenuti di per sé ricadere sotto il divieto.

La disciplina dell'abuso di posizione dominante pone problemi interpretativi in parte comuni a quelli sollevati dalle disposizioni in materia di intese restrittive e in parte specifici.

Per il primo aspetto la questione è soprattutto quella di precisare il **mercato rilevante**, rispetto al quale cioè può dirsi sussistente una posizione dominante: un problema che impone di tener conto di quei connotati merceologici in virtù dei quali un prodotto risulta sostituibile da un altro ed a seguito dei quali pertanto può divenire necessario considerarli parte di un unico mercato. A tal fine può essere di ausilio il diffuso criterio che invita a simulare una posizione di monopolio, e quindi a considerare come mercato rilevante quello in cui un monopolista potrebbe fissare un prezzo superiore a quello concorrenziale e a mantenerlo per un sufficiente periodo di tempo.

Ugualmente complesso è il problema di individuare le caratteristiche delle situazioni di **dominio** che rende applicabili le disposizioni. Si tratta di verificare se l'impresa è in grado efficacemente di ostacolare una concorrenza e di adottare comportamenti indipendenti da altri operatori.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Sia la norma nazionale che quella europea discorrono di "una o più imprese" come soggetti in posizione dominante. Ciò implica:

a. Da un lato un concetto di impresa nel senso di unità decisionale indipendente, tale quindi da comprendere anche a questi fini gli stessi gruppi;
b. Dall'altro che la disciplina deve intendersi riferita pure alle ipotesi in cui la situazione di dominio non riguarda una singola impresa, bensì una pluralità di esse.

Quest'ultimo cenno permette di comprendere la connessione che intercorre tra il tema delle intese restrittive e quello dell'abuso di posizione dominante, nel senso che, in effetti, le prime possono essere lo strumento per creare quella situazione di dominio che funge da presupposto del secondo: il che rende possibile un possibile cumulo delle due discipline e giustifica la previsione del medesimo apparato sanzionatorio.

C. Risulta chiaramente che entrambe le **legislazioni *antitrust*** rilevanti per il nostro ordinamento non considerano di per sé illecita una "posizione dominante" sul mercato, ma soltanto il suo **abuso** oppure il **modo in cui la si è conseguita**. In questo senso, potrebbero essere considerate anche le intese restrittive: ed è in tale prospettiva che vengono valutare le operazioni di **concentrazione**. Le concentrazioni risultano vietate quando "*comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza*" e quando "*ostacolino in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante*".
Entrambi i sistemi pongono dei livelli **quantitativi**, individuati con riferimento al fatturato delle imprese coinvolte, al di là dei quali l'operazione di concentrazione assume rilievo e in particolare diviene attuale l'**obbligo di comunicazione preventiva** della stessa a seconda dei casi all'Autorità nazionale o alla Commissione europea: in tal caso può essere disposto, o opera automaticamente, un divieto di attuare la concentrazione prima degli accertamenti volti a verificarne la compatibilità con il sistema.

Anche per le concentrazioni si pone un problema di coordinamento tra la disciplina europea e quella nazionale e anche a riguardo la prospettiva è nel senso di una prevalenza della prima. Il criterio che distingue le due competenze è quello della **dimensione comunitaria** dell'operazione, con la conseguenza che, quando essa è raggiunta, disciplina applicabile può essere solamente quella europea.

Il problema principale è quello di definire una nozione di concentrazione adeguata alle finalità della **normativa *antitrust***. In tale disciplina sono compresi la fusione, gli acquisti di imprese e il controllo su di esse.
In particolare, ci si preoccupa di fornire una nozione di **controllo** rilevante in proposito: la legge nazionale fa generico riferimento a "*diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di impresa*"

Questa prospettiva dovrebbe indurre ad escludere la rilevanza di una concentrazione la quale si attui all'interno di un gruppo già costituito: non si realizza infatti in tal senso l'effetto tipico di una concentrazione rilevante per la disciplina antitrust, quello cioè di una riduzione delle imprese indipendenti nel mercato; in questo senso si è in parte orientata l'Autorità quando ha esonerato dall'obbligo di comunicazione le concentrazioni di società tra cui intercorra un rapporto di controllo basato sul possesso della maggioranza dei voti; in questo senso è senz'altro l'ordinamento europeo che richiede che la concentrazione avvenga tra imprese "precedentemente indipendenti", cioè non appartenenti al medesimo gruppo.

Derivano dall'attuazione di operazioni di concentrazione incompatibili col sistema *antitrust*:

a. L'applicazione di **sanzioni pecuniarie**;
b. La prescrizione delle *misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi*

Ciò potrà essere rappresentato dalla **dissoluzione** della concentrazione mediante la separazione delle imprese.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La concorrenza sleale: libera concorrenza e concorrenza sleale

Concorrenza è competizione tra più imprenditori e **libertà di concorrenza** è liberta di competizione: anche nella concorrenza la finalità che ciascuno si propone è quella di prevalere sugli altri. Ammettere pertanto il principio della libera concorrenza significa anche giustificare l'avvantaggiarsi di un imprenditore anche quando a questo corrisponda il sacrificio di un altro imprenditore.

Dalla altrui concorrenza l'imprenditore singolo riceve un **danno**, in quanto si può determinare una perdita di clientela. Ma il pregiudizio eventualmente subito non è giuridicamente rilevante, in quanto l'attuazione della concorrenza è un diritto dell'imprenditore e trova quindi applicazione il principio *qui iure suo utitur neminem laedit.*

D'altra parte, la competizione è una gara che richiede regole per il suo svolgimento, e la scelta dell'ordinamento per un sistema di mercato concorrenziale si giustifica nel presupposto che il premio della vittoria vada a chi lo merita e non invece a chi è prevalso alterando le basi della gara stessa.

La disciplina *antitrust* non impedisce che un'impresa acquisisca una posizione dominante, ma guarda:

- Da un lato, alle **modalità** per cui ciò avviene (se a seguito delle sue capacità espansive e quindi per proprio meriti, oppure mediante tecniche in un certo modo artificiali, come le intese);
- Dall'altro, ai **modi** in cui viene esercitata (se abusivi oppure no).

Perciò la disciplina *antitrust* può considerarsi come una regola del giuoco concorrenziale, ma non l'unica: essa infatti presenta la caratteristica di considerare i comportamenti dell'impresa in rapporto al sistema economico nel suo complesso, e non anche i problemi che si pongono nei confronti degli altri imprenditori concorrenti: il gioco infatti può essere alterato, e i suoi esiti falsificati non solo alterano gli equilibri di mercato, ma incidono sulla posizione dei singoli competitori.

Anche nel campo del **genericamente lecito** il comportamento del singolo non è svincolato da ogni norma. Libertà non è arbitrio. Non soltanto quindi la libertà del singolo trova il suo limite insuperabile nelle altrui libertà, ma nell'esercizio della sua libertà il singolo deve uniformarsi a determinate direttive che l'uomo medio segue nella sua vita di relazione. Così, appunto, la legge impone:

- Il rispetto della buona fede (art. 1337 c.c.);
- L'uso della normale diligenza (art. 1176 c.c.);
- Il rispetto delle regole della correttezza (art. 1175 c.c.);
- Il rispetto delle regole della lealtà e della probità (art. 88 c.c.).

Questi principi hanno un rilievo ancora maggiore quando ci si pone in un rapporto di competizione concorrenziale e quando si tratta dell'esercizio delle attività professionali.

Queste norme di costume possono essere riassunte nella formula "**correttezza professionale**", al cui rispetto i professionisti medi si ritengono vincolati. La concorrenza quindi, pur essendo libera, deve attuarsi con il rispetto di quelle norme di costume che si riassumono nella correttezza professionale. Una concorrenza sleale è un comportamento antigiuridico.

La legittimità della competizione è espressamente riconosciuta dalla legge; non meno legittimi sono i risultati della competizione, anche se questi si traducono in un danno per taluno di coloro che partecipano alla competizione. Ma tutto ciò purché siano rispettate le regole del giuoco e purché il comportamento dei singoli competitori sia idoneo ai principi di lealtà e correttezza.

Gli artt. 2598-2601 c.c. qualificano gli **atti di concorrenza sleale** e ne determinano le **sanzioni**, attribuendo in taluni casi la legittimazione ad agire anche alle associazioni professionali.

Tale esigenza è stata per la prima volta formulata in sede internazionale durante la Convenzione di Unione di Parigi (1883):

- Con la revisione della detta convenzione a Bruxelles nel 1900 fu previsto che gli Stati aderenti avrebbero esteso agli appartenenti agli altri Stati dell'Unione la tutela contro gli atti di concorrenza sleale;
- Nella revisione di Washington del 1911, gli Stati aderenti si obbligarono a rendere effettiva la protezione dei cittadini degli Stati unionisti contro la concorrenza sleale;
- La regolamentazione definitiva è avvenuta in sede internazionale nell'art. 10-*bis* della revisione dell'Aja del 1925, modificato poi a Stoccolma nel 1967.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Gli atti di concorrenza sleale

La legge individua **categorie specifiche** di atti di concorrenza sleale:

A. Una prima categoria specifica è quella degli **atti di concorrenza sleale per confusione** (art. 2598, comma 1, c.c.), in cui la non conformità alla correttezza professionale dipende dal fatto che si sfrutta l'affermazione sul mercato di altra impresa concorrente, tendendo a confondersi con questa sia mediante l'uso di nomi o di segni distintivi da essa legittimamente usati, sia mediante l'imitazione servile dei suoi prodotti, sia con il compimento di atti comunque idonei a creare confusione con i suoi prodotti e con la sua attività.
   Naturalmente i principi sulla concorrenza sleale soccorrono quando non vi sia violazione del diritto alla ditta, all'insegna, al marchio o violazione del diritto di brevetto, e costituiscono un complemento della tutela dell'imprenditore.
   Allo stesso modo, la tutela delle informazioni riservate, delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine è espressamente disposta facendo salva la disciplina della concorrenza sleale, applicandosi quindi per gli aspetti in cui essa non opera, con ciò confermando la possibilità di concorso tra le due discipline e quindi anche l'esigenza di definire i rapporti. Concorrenza sleale per confusione si ha anche:
   a. Quando i segni distintivi, sui quali l'imprenditore non ha un diritto di esclusività, siano da lui **legittimamente usati**: si esclude quindi che venga tutelato colui che usi segni distintivi altrui o confondibili con quelli altrui, compiendo così un atto di concorrenza sleale (c.d. **concorrenza sleale di secondo grado**);
   b. Quando si miri a confondere non i prodotti, ma la propria **attività** con quella di altro concorrente. Vi sono infatti imprese per le quali pure esiste la necessità di individuazione, ma che non hanno prodotti propri da contraddistinguere;
   c. In caso di **imitazione servile** dei prodotti, cioè in caso di riproduzione pedissequa dei prodotti altrui non solo nei loro elementi e caratteri sostanziali, ma anche formali.

B. Altra categoria specifica è quella degli **atti di concorrenza sleale per denigrazione** (art. 2598, comma 1, c.c.), in cui la non conformità alla correttezza professionale dipende dalla diffusione di notizie o apprezzamenti sull'attività di un concorrente, atti a determinarne il discredito.
   Nel sistema del nostro codice non è richiesto che le notizie o gli apprezzamenti siano falsi. Deve ritenersi perciò che anche la diffusione di notizie o apprezzamenti rispondenti a verità possa costituire atto di concorrenza sleale, purché siano idonei a determinare il discredito. Né si può dire che le notizie e gli apprezzamenti rispondenti a verità non possono screditare, ove diffusi.
   La legge considera la denigrazione del concorrente un mezzo professionalmente scorretto in sé per sé, quindi risulta essere scorretta anche la diffusione di notizie vere che possa provocare nel pubblico suggestioni tali da alterare il proprio giudizio.
   Piuttosto la legge esige che vi sia **diffusione** di notizie e di apprezzamenti idonei a determinare il discredito: non basta cioè che queste notizie e questi apprezzamenti siano diretti a persone singole, ma è necessario che siano diretti alla generalità (cioè una serie indeterminata di persone).
   La diffusione di notizie e apprezzamenti deve avvenire, come per ogni atto di concorrenza sleale, ad opera del **concorrente** e nell'esercizio della sua attività imprenditrice.

C. Una terza categoria specifica è quella degli **atti di concorrenza sleale per sottrazione** (art. 2598, comma 1, c.c.), ove l'imprenditore si appropria dei pregi dei prodotti o dell'impresa concorrente.
   La legge non ha riguardo al fatto che l'imprenditore utilizza i risultati dall'esperienza altrui: questo è perfettamente lecito, quando si esuli dal campo dei brevetti industriali; la legge ha riguardo invece al fatto che l'imprenditore si ammanta delle penne del pavone, facendo apparire nella *réclame* o nella presentazione al pubblico dell'impresa, come propri, meriti e riconoscimenti che sono di pertinenza dei prodotti o dell'impresa altrui.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

D. Al di fuori di queste categorie di atti espressamente qualificati come atti di concorrenza sleale, la legge dispone che "*compie atti di concorrenza sleale chiunque si avvale di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale e chiunque si avvale di mezzi idonei a danneggiare l'altrui azienda*" (art. 2598 c.c.). Sulla base di questo **criterio generale**, sono normalmente considerati atti di concorrenza sleale:
   a) Lo **storno dei dipendenti**:
   b) Il **boicottaggio dell'impresa**.

   Si discute se siano tali la violazione da parte del terzo della zona di esclusiva, la violazione delle condizioni generali di contratto, la violazione delle norme penali e amministrative nello svolgimento di attività di impresa.
   In primo luogo, l'atto di concorrenza sleale per essere tale è un **atto di concorrenza**. La slealtà deve pertanto inserirsi nei **rapporti con gli altri imprenditori**, e precisamente nei rapporti cdi competizione (categoria di relazioni esterne nelle quali l'imprenditore deve ispirarsi a principi di correttezza professionale). Occorre, d'altra parte, un rapporto di concorrenza effettiva o **concorrenza prossima**: se manca un rapporto di concorrenza, manca l'atto di concorrenza e quindi la possibilità stessa di un atto di concorrenza sleale.
   Da ciò deriva una triplice conseguenza:
   a) Tutti quegli atteggiamenti dell'imprenditore che non siano relativi all'attività di competizione, ma siano inerenti all'organizzazione interna dell'impresa esulano dall'ambito della concorrenza sleale;
   b) Per quanto riguarda i rapporti esterni non tutti i comportamenti antigiuridici dell'imprenditore sono rilevanti, ma solamente quei comportamenti che si inseriscono in un rapporto di competizione;
   c) Il soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale può essere soltanto un imprenditore.

   In secondo luogo, rispetto all'atto di concorrenza sleale non assume rilievo il **fine**, ma assume rilievo il **mezzo** attraverso il quale questo fine viene ad essere realizzato. La legge espressamente enuncia questo principio, avendo riferimento ai mezzi contrari ai principi della correttezza professionale; ed è anche naturale che sia così: il fine è comune ad ogni atto di concorrenza, a quella leale come a quella sleale.
   Se poi si vuole ulteriormente puntualizzare la scorrettezza del mezzo, si può affermare che è scorretto ogni mezzo utilizzato in un rapporto di competizione che abbia per effetto di alterare le basi della competizione. Questa deve porre a confronto l'efficienza dell'una organizzazione con l'efficienza dell'altra, e il risultato deve scaturire dal confronto fra queste due forze e da questo soltanto.
   È pertanto atto di concorrenza sleale ogni atto con il quale un concorrente pretenda di risolvere la gara a proprio favore non in virtù della propria capacità organizzativa, ma avvalendosi della capacità organizzativa altrui.
   È pertanto atto di concorrenza sleale quello per cui si pretenda di alterare il rapporto tra le due forze, cercando di deprimere, attraverso il discredito o con altri mezzi, quella del concorrente.
   In terzo luogo, occorre inoltre l'**idoneità del mezzo**, la quale deve essere valutata sulla base della **capacità di danneggiare l'azienda altrui**: non basta l'intenzione di sovvertire le basi della gara, ma occorre anche che il mezzo abbia la capacità di raggiungere un tale risultato.

La disciplina della concorrenza sleale

La repressione della concorrenza sleale si attua essenzialmente mediante:
- L'**inibizione** degli atti di concorrenza sleale;
- L'**eliminazione** dei mezzi che consentono di realizzarli (art. 2599 c.c.).

A questo fine è consentito il sequestro, la rimozione o la distruzione degli strumenti e dei mezzi attraverso i quali la concorrenza si realizza.
Legittimati all'esercizio dell'azione sono:
- Gli **imprenditori concorrenti**, purché sussista l'interesse ad agire;
- Le **associazioni professionali**, quando i loro interessi relativi agli assetti generali del segmento di mercato siano pregiudicati dall'atto di concorrenza sleale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

All'inibitoria può aggiungersi il **risarcimento del danno**, ma ciò solo quando l'atto di concorrenza sleale sia l'effetto del dolo o della colpa dell'imprenditore. In tal caso, all'attore spetta di provare l'atto di concorrenza sleale, mentre spetta al convenuto dimostrare la non colpevolezza. Infatti, una volta accettato l'atto di concorrenza sleale, la colpa si presume.
Il **danno risarcibile** è rappresentato dal danno emergente e dal lucro cessante, e naturalmente potrà essere liquidato dal giudice in via equitativa a norma dell'art. 1226 c.c. Una forma specifica di risarcimento del danno è costituita dalla pubblicazione della sentenza che accerta la concorrenza sleale.
Chiarito il contenuto della disciplina legislativa sulla concorrenza sleale è necessario individuare il **fondamento**, al fine di precisare i rapporti che intercorrono tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 2598 c.c.:
Nell'art. 2043 c.c.:

- L'antigiuridicità del comportamento è valutata nei suoi riflessi patrimoniali e in quanto questi si siano effettivamente verificati;
- L'antigiuridicità presuppone l'elemento soggettivo della colpevolezza (dolo o colpa), senza di che non vi può essere responsabilità.

Nell'art. 2598 c.c.:

- L'antigiuridicità del comportamento è valutata in sé per sé, a prescindere dalle conseguenze patrimoniali e dal fatto che esse si siano determinate;
- L'antigiuridicità può sussistere a prescindere dal dolo o dalla colpa dell'imprenditore, come si desume dal fatto che, accertato l'atto di concorrenza sleale, la colpa è bensì presunta, ma può essere dimostrata inesistente e l'inesistenza della colpa determina bensì il venir meno del diritto al risarcimento danno, ma non del diritto alla inibizione.

Ciò sta a dimostrare che fondamento della tutela accordata dalla legge è l'**antigiuridicità del comportamento** in sé e per sé considerato, e non la lesione di un bene, come dimostra il fatto che la protezione di questo bene sussiste in determinate ipotesi e non sussiste in altre.

Questo bene può essere sacrificato attraverso atti di concorrenza realizzati con il rispetto dei principi della correttezza professionale; soltanto nel caso in cui l'imprenditore si avvalga di mezzi scorretti, la legge interviene con la propria tutela, interviene prima ancora che una qualsiasi lesione si sia verificata, con la inibizione di quel comportamento.
La legge attribuisce la legittimazione ad agire e cioè a chiedere l'inibizione non soltanto all'imprenditore concorrente, ma anche alle associazioni professionali.
Viene meno così la necessità, e la stessa possibilità, di individuare un bene per la cui tutela le norme sulla correttezza sleale siano poste; ma se questo bene si vuole individuare a tutti i costi questo si deve far consistere nel diritto di chi partecipa ad una competizione al rispetto delle regole della gara. È soltanto la violazione di questo diritto che legittima il competitore a richiedere, attraverso l'inibizione, il ripristino della legalità e, nel caso in cui la violazione abbia provocato un danno patrimoniale e ricorrano gli estremi della colpa e del dolo, il diritto al risarcimento del danno.

Attraverso la repressione della concorrenza sleale la legge intende assicurare che la competizione si attui con il rispetto delle regole che debbono presiedere alla gara e interviene per ripristinare queste regole ogni volta che uno dei partecipanti alla gara intenda sottrarvisi. E ciò, ancor **prima** e a prescindere dal verificarsi delle conseguenze dannose a carico di uno dei competitori! Inibizione è appunto eliminazione del comportamento antigiuridico, e l'inibizione può essere richiesta da ciascuno dei competitori, per il solo fatto di essere tali, purché ricorra quell'interesse che è *conditio sine qua non* per l'esperimento di una qualsiasi azione in giudizio.

È presente ora anche la tendenza ad attrarre nella disciplina della proprietà industriale materie originariamente inquadrate nell'ambito della concorrenza sleale e così ad oggettivizzare la tutela e in qualche modo il "bene" tutelato.
Questa congruità si coglie anche da un punto di vista processuale, a seguito della devoluzione delle controversie in materia di concorrenza sleale alla cognizione delle sezioni specializzate in materia dapprima di proprietà industriale e intellettuale e poi di impresa presso i Tribunali e le Corti di appello.
Si pensi alle informazioni aziendali riservate: ad esse un tempo veniva accordata una tutela che attribuiva un valore centrale e decisivo alle modalità della violazione, risultando limitata nel caso in cui essa si realizzasse con comportamenti in contrasto con i principi della correttezza professionale; mentre ora la legge, nuovamente facendo salva la disciplina della concorrenza sleale, inserisce la loro disciplina nel quadro della disciplina dei diritti di proprietà industriale.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La pubblicità ingannevole e la pubblicità comparativa

Accanto agli atti di concorrenza sleale si pongono le discipline della **pubblicità ingannevole** e della **pubblicità comparativa**, introdotte, in attuazione di due direttive comunitarie, dal D. Lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 e attualmente disciplinate dal D. Lgs. 2 agosto 2007 n. 145

La **pubblicità ingannevole** è costituita da "*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche cui è rivolta e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che sia idonea a ledere il concorrente*".

La **pubblicità comparativa** è quella che *indentifica*, anche implicitamente, *un concorrente o beni o servizi da costui offerti*.

- La prima è senz'altro vietata;
- La seconda risulta legittima a condizione che:
  - Non sia ingannevole;
  - Si presenti in termini di oggettività;
  - Non assuma caratteri confusori o denigratori;
  - Non si traduca in comportamenti parassitari rispetto ai concorrenti.

Per quanto riguarda la pubblicità ingannevole essa, pur potendo essere in grado di influenzare le scelte dei suoi destinatari, non pregiudica necessariamente la posizione dei singoli e specifici concorrenti. Con riferimento alla pubblicità comparativa, l'interesse dei consumatori ad essere adeguatamente informati potrebbe indurre a consentire comportamenti concorrenzialmente aggressivi.

Si è in presenza in definitiva di fattispecie che potrebbero essere considerate per la concorrente rilevanza degli interessi dei consumatori e, ancora più genericamente del pubblico, da un lato, e di quelli dei concorrenti dall'altro: così appunto avveniva fino all'adozione del D. Lgs. N. 145 del 2007, il quale ha ritenuto opportuno scomporre i due aspetti dichiarando espressamente di perseguire "lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali.

Rimane d'altra parte la segnalata caratteristica secondo cui, specie in materia di pubblicità ingannevole, non è necessariamente individuabile un **singolo concorrente** da essere pregiudicato: l'interesse leso è invece quello generale al suo corretto svolgersi, se si vuol dire l'**interesse oggettivo del mercato**; appartiene del resto ad entrambi i profili l'esigenza della **trasparenza della pubblicità**, che essa cioè sia riconoscibile come tale. Non sorprende allora in proposito che la legge preveda una duplicità di modelli procedimentali e di tecniche di tutela:

- Per un verso si fa espressamente salva la giurisdizione del giudice ordinario e la disciplina della **concorrenza sleale**, come pure le tutele derivanti dal diritto d'autore e dalle denominazioni di origine controllata;
- Per altro verso ci si preoccupa di predisporre un **procedimento amministrativo** nel quale possa trovare adeguata considerazione quell'interesse generale.

Competente in proposito è significativamente l'**Autorità garante della concorrenza e del mercato**, istituita con la legge n. 287 del 1990: ad essa qualunque interessato può rivolgersi per chiedere l'**inibizione** degli atti di pubblicità ingannevole e comparativa e l'**eliminazione** dei relativi effetti.

Ai sensi dell'art. 8 del D. Lgs n. 145 del 2007, l'autorità può anche disporre, in caso di particolare urgenza, la sospensione della pubblicità ingannevole o comparativa ritenuta illecita. Al termine dell'istruttoria, l'autorità provvede con effetto definitivo e con decisione motivata e, in caso di accoglimento del ricorso, inibisce la continuazione della pubblicità e dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa, e può anche ordinare la pubblicazione di dichiarazioni rettificative tali da impedire che essa continui a produrre i suoi effetti.

La legge conserva un rilevante spazio agli **organismi volontari di autodisciplina** operanti nel settore della pubblicità: il che conferma ulteriormente che si tratta di una disciplina che da un lato è incentrata sugli interessi degli operatori e che dall'altro considera soprattutto le esigenze generali del mercato.

Le pratiche commerciali scorrette

Nel giuoco della concorrenza svolgono inevitabilmente un ruolo di rilievo anche i **consumatori**.

Presupposto di un sistema concorrenziale non è solamente la **libertà di iniziativa economica** degli imprenditori, ma anche la libertà di scelta dei consumatori medesimi.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Fanno parte delle regole di quel giuoco pure quelle che considerano la posizione dei consumatori sul mercato e in particolare tendono ad assicurare che la loro libertà di scelta non sia alterata: anche esse contribuiscono a definire il modello concorrenziale del mercato perseguito dal legislatore.
Può trattarsi in effetti:

- Di strumenti tecnici che perseguono una **tutela individuale del consumatore**;
- Di regole che considerano non tanto il singolo rapporto con il consumatore, quanto l'**oggettivo comportamento dell'imprenditore** nei confronti suoi e del mercato, guardando così al consumatore come categoria.

In questo senso l'esemplare più significativo è rappresentato dalla disciplina delle **pratiche commerciali scorrette**, la quale infatti espressamente non pregiudica l'applicazione delle regole generali in materia contrattuale, ed in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto. E che perciò trova la sua principale conseguenza applicativa nella possibilità di provvedimenti di **inibitoria**, specie in sede di **tutela collettiva**, a seguito cioè del procedimento ammnistrativo o delle azioni giudiziarie proposte da associazioni di consumatori.
Trattandosi della tutela dei consumatori, la disciplina trova applicazione nei rapporti non soltanto con le **imprese** (incluse le c.d. microimprese), ma anche con i **professionisti**.
Significativo è anche il modo in cui vengono individuate le pratiche vietate: esse, definite in via generale come **pratiche commerciali scorrette**, si caratterizzano essenzialmente per la loro idoneità a falsare in misura apprezzabile il **comportamento del consumatore**, e sono poi classificate nelle due categorie:

- Delle **pratiche ingannevoli**.
- Delle **pratiche aggressive**.

Per quanto concerne le pratiche ingannevoli si ha naturalmente una larga coincidenza con la definizione della pubblicità ingannevole. Vi è però da segnalare che, a differenza di questa, non vi è esplicito riferimento alla idoneità a ledere un concorrente, ma l'accento viene soprattutto posto sull'idoneità ad indurre il consumatore medio "ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

La definizione delle pratiche aggressive sostanzialmente si impernia sulle due nozioni di molestia e di indebito condizionamento in grado di alterare la decisione del consumatore medio e comprende anche vicende, come la creazione di ostacoli alla sua scelta di rivolgersi al altro imprenditore, che potrebbero rilevare anche in sede di disciplina antitrust.

Pure deve segnalarsi in via generale è che il criterio rilevante è quello della **diligenza professionale**. La portata di questo criterio viene circoscritta mediante l'elencazione imperativa di una serie di pratiche che *in ogni caso* vengono considerate ingannevoli o aggressive (c.d. *black lists*).

Le limitazioni convenzionali della concorrenza: i patti limitativi della concorrenza

Libertà di concorrenza è libertà di competizione con il rispetto peraltro delle regole della gara. Le norme sulla repressione della concorrenza sleale non costituiscono limitazioni della libertà di concorrenza, ma valgono a fissare il contenuto stesso di questa libertà:
Limitazioni della concorrenza, e cioè alla libertà di iniziativa economica, possono essere invece conseguenza di un contratto o della stessa legge, e cioè l'effetto di accordi volontari o di norme le quali in determinati settori e in determinati limiti escludono la libertà di iniziativa economica del soggetto.
Nella libertà di concorrenza è insita la facoltà di autolimitazione della propria iniziativa economica; d'altra parte, il riconoscimento della libera concorrenza non esclude la facoltà del legislatore di attuare un diverso regime in singole ipotesi. La violazione di limitazioni convenzionali o legali della concorrenza costituisce **concorrenza illecita**, non concorrenza sleale.
Limitazioni convenzionali della concorrenza possono avere una duplice origine; esse possono essere:

- L'effetto di un contratto che non ha per oggetto la limitazione della concorrenza (e in questo caso si ha una **limitazione indiretta**);
- L'effetto di un contratto che ha per oggetto la limitazione della concorrenza, trattandosi allora di **limitazione diretta**. Questa seconda ipotesi si bipartisce perché:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

1. Vi possono essere casi in cui la limitazione della concorrenza è posta in un **contratto autonomo**;
2. Vi possono essere casi in cui la limitazione della concorrenza si inserisce come **contratto aggiunto** in un diverso contratto avente una propria causa.

Dunque:

- Esempi di **limitazioni indirette** della concorrenza si hanno in materia di rapporti di lavoro, di società, di alienazione, di affitto e di usufrutto di azienda;
- Esempi di limitazioni **dirette ed autonome** della concorrenza sono quelle che si attuano autonomamente attraverso accordi bilaterali o plurilaterali tra imprenditore, che assumono il nome di cartelli;
- Esempi di **limitazioni dirette ma non autonome** della concorrenza si hanno nelle clausole di esclusività (artt. 1567 e 1568), nei patti di preferenza (art. 1566 c.c.) e nei patti di non concorrenza (artt. 1751-*bis* e 2125 c.c.).

Le limitazioni convenzionali della concorrenza possono formare oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento giuridico sotto un duplice profilo:

- **Dal punto di vista oggettivo**, e cioè per l'influenza che esercitano sul mercato eliminando il gioco della concorrenza;
- **Dal punto di vista dei soggetti**, in quanto importano una limitazione della libertà personale.

Nell'ordinamento italiano assumono rilievo entrambe le prospettive.

- La legge n. 287 del 1990 vieta le intese restrittive della concorrenza idonee a produrre effetti sul mercato o su una sua parte rilevante, mentre l'art. 101 TFUE provvede analogamente quando tal effetti si manifestano nei confronti del mercato interno europeo;
- L'art. 2596 c.c. ha riguardo alla libertà individuale del soggetto e interviene al fine di impedire che dalla rilevanza economica della limitazione per il mercato risulti un'eccessiva compressione della sua libertà ed iniziativa economica. Tale articolo richiede che il patto che limita la concorrenza non solo sia provato per iscritto, ma anche che sia circoscritto nell'oggetto, nello spazio e nel tempo, precisando che la sua durata non possa comunque eccedere il quinquennio.

Occorre individuare il criterio in base al quale risolvere, nei casi non regolati espressamente, il problema dell'applicabilità relativo all'art. 2596 c.c. A questo fine sembrano interessanti i dati che possono ricavarsi dalle diverse disposizione su menzionate:

- L'obbligo di non concorrenza non è soggetto a limiti di tempo in tutte quelle ipotesi in cui rientra come **elemento integrante** nella causa tipica di quel determinato contratto o serve per una migliore realizzazione di questa;
- Esso è invece soggetto ai limiti di tempo previsti nell'art. 2596 c.c. quando, pur essendo posto in occasione di un contratto, tuttavia esplichi una funzione **autonoma e distinta**.

Ciò spiega perché l'obbligo di non concorrenza del prestatore di lavoro sussista per tutta la durata del rapporto, mentre sia soggetto a limiti temporali quando si riferisca al periodo successivo alla cessazione del rapporto.

Ciò spiega perché l'obbligo di non concorrenza duri quanto la locazione o l'usufrutto e invece soltanto per cinque anni nel caso di trasferimento di azienda.

Ciò spiega perché il patto di esclusiva abbia la stessa durata del contratto di somministrazione, mentre il contratto di preferenza sia valido soltanto nel limite di cinque anni.

Quindi si può dire con sicurezza che, al fine di sottrarre il patto di non concorrenza all'applicazione dell'art. 2596:

- Non è sufficiente che esso si inserisca in un contratto avente una diversa funzione economica;
- Ma è necessario che vi sia un collegamento causale tra patto e contratto nel senso che entrambi sono diretti a realizzare una stessa funzione economica: ciò che avviene appunto in tutte quelle ipotesi in cui si attua un fenomeno di collaborazione tra più soggetti e altresì in quelle in cui si realizza un fenomeno di integrazione economica (ad es., come avviene nei contratti d'agenzia).

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le limitazioni legali della concorrenza: i monopoli

Le **limitazioni legali** della concorrenza trovano la loro fonte nella legge, e nel sistema attuale esse sostanzialmente si concretano nei c.d. **monopoli legali**.

Monopolio legale è quello in cui per legge viene riservata ad un soggetto una posizione di esclusività nell'esercizio di una determinata attività economica. Le ragioni che determinano i monopoli legali possono essere di odine fiscale o di ordine economico.

La Costituzione espressamente prevede all'art. 43 che la legge, per fini di utilità generale, possa "*riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano caratteristiche di preminente interesse generale*".

È tuttavia da rilevare la tendenza a eliminare o comunque a ridurre le posizioni di monopolio legale.

I problemi giuridici che derivano da una situazione di monopolio legale sono sostanzialmente due:

- Da un lato la necessità di assicurare che tutti possono fruire dei beni o dei servizi prodotti in regime di monopolio;
- Dall'altro la necessità di evitare discriminazioni tra i consumatori e gli utenti attraverso l'applicazione dei prezzi multipli.

L'**art. 2597** c.c. risolve questi problemi imponendo a chi esercita una impresa in regime di monopolio l'obbligo legale di contrattare con chiunque ne richieda le prestazioni nonché l'obbligo di osservare la parità di trattamento.

L'**art. 1679** c.c., relativo ai pubblici servizi di linea esercitati in regime di concessione, precisa che l'obbligo di contrattare sussiste nei limiti della organizzazione dell'impresa, avuto riguardo all'ordine delle richieste; inoltre stabilisce che la parità di trattamento si realizza attraverso l'applicazione generale delle concessioni speciali e la inderogabilità delle tariffe.

Questi principi trovano la loro origine e il limite alla loro applicazione nella situazione di monopolio legale: essi pertanto non possono essere estesi, come pure si è sostenuto, a situazioni diverse, quali quelle della impresa in posizione dominante, o delle privative industriali o di enti pubblici che esercitano un'attività economica, salvo la possibilità di ricorrere alla regola, ispirata in parte a finalità coincidenti, che reprime come abuso di posizione dominante le discriminazioni ingiustificate tra i contraenti.

Tali obblighi attengono alla disciplina delle attività imprenditrici. La loro **inosservanza**:

- Importa l'applicazione di sanzioni amministrative;
- I privati non possono esercitare alcuna azione di fronte all'illegittimo rifiuto dell'imprenditore o di fronte alla mancata predisposizione dei mezzi necessari all'adempimento.

Trovando la posizione di monopolio la sua fonte in un provvedimento amministrativo di concessione è perfettamente coerente che, al tempo stesso in cui si attribuisce il potere di iniziativa economica, se ne fissino le modalità di svolgimento, imponendo l'obbligo di contrattare, la parità di trattamento e il proporzionamento dell'organizzazione imprenditoriale ai bisogni del mercato: questo proporzionamento è strettamente legato alla posizione di monopolio, e cioè di esclusività, in quel dato settore economico e non può essere imposto là dove l'iniziativa economica sia il frutto dell'autonomia dell'imprenditore. La valutazione relativa all'adempimento degli obblighi derivanti dalla concessione è esclusivamente rimessa all'ente concedente.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I diritti di privativa

Le creazioni intellettuali e la loro tutela

Libertà di iniziativa economica significa anche libertà di utilizzazione delle conoscenze e delle esperienze già acquisite, le quali appunto costituiscono patrimonio comune e rappresentano la base per l'ulteriore progresso.

Tuttavia in questo campo la libertà di iniziativa economica trova un limite in talune posizioni di **esclusività** che l'ordinamento assicura a coloro che per primi hanno contribuito, mediante la loro attività creativa, ad incrementare le conoscenze e le esperienze destinate a diventare patrimonio comune di tutti.

Queste posizioni di esclusività sono quelle che corrispondono tradizionalmente:

- Ai **brevetti per invenzioni industriali**;
- Ai **modelli di utilità** e ai **disegni e modelli**;
- Ai **diritti di autore**.
- Si affiancano altre figure di recente introduzione riservate a coloro che nei vari campi hanno realizzato una **creazione intellettuale**.

Le produzioni dell'ingegno di distinguono infatti in due grandi categorie:

1. Le **invenzioni industriali**;
2. I **diritti d'autore**.

Il fondamento sistematico di questa posizione di esclusività riconosciuta all'autore di una creazione intellettuale non è esattamente determinato. Legislazione e dottrina oscillano tra i due istituti fondamentali che hanno appunto come caratteristica comune quella di assicurare una posizione di **esclusività**, la **proprietà** e il **monopolio**: si parla così indifferentemente di proprietà industriale, letteraria, artistica e di diritto di privativa.

> La dottrina ha elaborato una particolare categoria di beni, quella dei **beni immateriali**, nella quale ha inquadrato le creazioni intellettuali e ha continuato a qualificare come diritto di proprietà il diritto d'autore sulla sua creazione.

Il sistema del codice vigente ha contribuito a riproporre il problema del **fondamento** della tutela delle creazioni intellettuali.

Nel Titolo I, Libro III, dedicato ai beni, non c'è cenno alla categoria dei beni immateriali.

I diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali sono invece regolati nel Titolo IX del Libro quinto, intitolato "*Del lavoro*", e cioè in sede di regolamentazione dell'attività economica. Qui si precisa:

- Che all'autore di un'opera dell'ingegno spetta il diritto esclusivo di pubblicare l'opera e utilizzarla economicamente in ogni forma e modo, nei limiti e per gli effetti fissati dalla legge;
- Che a colui che ha ottenuto un brevetto per un'invenzione industriale spetta il diritto esclusivo di attuare l'invenzione e di disporne entro i limiti e alle condizioni stabilite dalla legge.

L'esclusività è limitata cioè allo **sfruttamento** e alla **utilizzazione economica** della creazione intellettuale; ha quindi un contenuto ben diverso da quello che è proprio del diritto di proprietà, definito nell'art. 832 c.c. come il diritto di godere e di disporre delle cose in modo *pieno ed esclusivo* entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Bisogna tener presente che:

- Mentre per le cose materiali e per le energie il godimento dell'uno esclude il godimento dell'altro;
- Per le idee è possibile il godimento contemporaneo da parte di una generalità di persone.

Essendo il godimento dell'idea conseguenza del godimento del mezzo attraverso il quale l'idea si estrinseca, si può tutelare giuridicamente l'idea operando sulla **riproducibilità** dei mezzi di estrinsecazione, attribuendo cioè a chi ha avuto l'idea la esclusività della riproduzione di tali mezzi e inibendo agli altri di riprodurre, attraverso mezzi di estrinsecazione, l'idea: è appunto quanto avviene negli ordinamenti moderni attraverso i brevetti di produzione industriale o attraverso il riconoscimento del diritto d'autore.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Essendo la tutela giuridica dell'idea attuabile non rispetto all'idea in sé ma attraverso una disciplina della riproducibilità dei mezzi di estrinsecazione, risulta evidente la diversità di situazione giuridica che sussiste tra diritto di proprietà e diritti sulle creazioni intellettuali.

Con il diritto di proprietà l'ordinamento giuridico attribuisce efficacia ad una signoria che già di fatto sussiste sulla cosa, riconosce una posizione di esclusività già di fatto esistente, mentre con i diritti sulle creazioni intellettuali crea artificialmente una posizione di esclusività, limitando l'attività altrui in un dato campo. La tutela giuridica non riguarda l'*habere*, ma riguarda il *facere*. Da questa diversità di situazione giuridica appare chiaro come i diritti sulle produzioni dell'ingegno si inquadrino piuttosto nell'istituto del monopolio che non in quello della proprietà.

Per quanto riguarda le creazioni intellettuali due contrapposte esigenze debbono essere contemperate:

- L'esigenza sociale di **rendere comuni a tutti le idee e le creazioni intellettuali**, in modo che tutti possano beneficiare di quei progressi che esse realizzano;
- L'esigenza individuale di un **riconoscimento tangibile all'autore o all'inventore**, senza di che la stessa attività creatrice rischierebbe di arrestarsi.

Come creazione dell'ordinamento giuridico, la posizione di esclusività trova in esso i suoi presupposti e i suoi limiti in ordine alla durata e in ordine al contenuto.

A. Anzitutto la tutela giuridica non è **generale**: non riguarda cioè tutte quelle che potrebbero essere considerate creazioni intellettuali.
    - Non riguarda le creazioni intellettuali non riproducibili o nelle quali la riproduzione sia insita nella stessa cosa, per modo che rientri nell'*habere* del proprietario.

      Non è ammessa infatti la brevettazione delle varietà vegetali e delle razze animali, e nemmeno dei procedimenti essenzialmente biologici di produzione di animali e vegetali, ma solo quella dei procedimenti microbiologici e dei prodotti con essi ottenuti o di quelli necessari per il loro uso; del resto l'evoluzione della tecnica può condurre ad un ampliamento della protezione da parte dell'ordinamento.
    - Non riguarda quelle creazioni intellettuali pur riproducibili che, come i principi scientifici, non possono essere sottratti alla libera disponibilità di tutti: sono proprio le idee madri, le idee di maggior rilievo e di maggiore portata a non consentire posizioni di esclusività.

      La legge addirittura non considera come invenzioni le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici, e comunque esclude la brevettabilità dei metodi di trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e dei metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale.

B. La tutela della creazione intellettuale non è **illimitata** nel tempo. Il periodo di tutela è:
    - Più ristretto per le invenzioni industriali *lato sensu*;
    - Più lungo per le opere dell'ingegno.

    In ogni caso, sussiste sempre un limite temporale.

C. La tutela non è **assoluta**. Essa può essere:
    - Subordinata al rilascio di un brevetto, come avviene per le invenzioni industriali;
    - Accordata a persone diverse dal creatore;
    - Collegata all'adempimento di determinati oneri (es. attuazione e pagamento di tasse).

A dimostrazione dei molteplici tratti comuni tra tali figure, e del ruolo che esse assumono nell'ambito della disciplina dell'attività imprenditoriale, può segnalarsi la scelta di estendere anche al diritto d'autore la cognizione, originariamente circoscritta alla proprietà industriale e intellettuale, del c.d. tribunale delle imprese.

Se peraltro questi caratteri riproducono nella loro sostanza quelli delle posizioni di monopolio, al punto da poter individuare nei diritti di privativa altrettante limitazioni legali all'attività imprenditrice, rimane tuttavia come elemento caratteristico quello che la posizione di esclusività riguarda non l'esercizio di un'attività economica, ma la **riproducibilità** dell'idea, ossia riguarda sempre un elemento determinato: non solo, ma questa posizione di esclusività ha un solo valore economico ed è trasferibile agli altri.

Ciò spiega perché con riferimento ad essa si continui a parlare comunemente di bene immateriale e di proprietà: e ciò spiega perché tale scelta terminologica sia stata fatta propria dallo stesso legislatore, il quale inoltre accomuna in essa non solo figure tradizionali come le invenzioni, i modelli di utilità, i disegni e modelli, ma anche, i marchi, le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine e perfino le informazioni aziendali riservate. È peraltro chiaro che proprio questa tendenza espansiva conferma trattarsi di una proprietà in ogni caso non confrontabile con la figura classica.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La disciplina delle creazioni intellettuali

Le **invenzioni industriali** sono regolate nei loro aspetti essenziali nel Codice civile e dettagliatamente nel Codice della proprietà industriale, nel quale sono riprodotte le norme che originariamente erano contenute in una pluralità di testi normativi ormai abrogati.

Alla disciplina interna corrispondono copiosi interventi di livello comunitario e internazionale che su di essa hanno più volte e profondamente inciso.

Tra questi interventi debbono essere ricordati:

- La convenzione di Parigi del 20 marzo 1883;
- La convenzione di Strasburgo del 27 novembre 1963;
- Il trattato di Washington del 19 giugno 1970;
- La convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo.

I **diritti di autore** e connessi sono regolati nei loro aspetti essenziali nel codice civile e dettagliatamente nella *legge sul diritto di autore* del 22 aprile 1941 n. 633 e nel relativo regolamento esecutivo.

Pure in proposito deve segnalarsi una continua presenza di interventi a livello internazionale.

I brevetti industriali

Le invenzioni industriali: categorie e caratteri essenziali

Rientrano nella categoria delle invenzioni industriali:

a) Le **invenzioni vere e proprie**, aventi ad oggetto un nuovo prodotto o un nuovo procedimento;
b) I **modelli di utilità**, cioè quelle invenzioni atte *a conferire particolare efficacia o comodità di applicazione o di impiego a macchine, o parti di esse, strumenti, utensili od oggetti d'uso in genere*, quali i nuovi modelli consistenti in particolari conformazioni, disposizioni, configurazioni o combinazioni di parti;
c) I **disegni e modelli**, che consistono nella creazione di un nuovo *aspetto dell'intero prodotto o di una sua parte quale risulta, in modo particolare, dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale o dei materiali del prodotto stesso o del suo ornamento*, ad esclusione delle caratteristiche determinate unicamente dalla funzione tecnica del prodotto.

A tali ipotesi si aggiunge quella concernente le **topografie dei prodotti a semiconduttori**, per cui è presente una tutela sostanzialmente analoga a quella per i modelli e disegni industriali.

Caratteri essenziali dell'invenzione vera e propria sono:

- La **liceità**.
- La **novità**.
- L'**attività inventiva**.
- L'**industrialità**.

La stessa espressione "invenzione", oltre ad implicare lo svolgimento di un'attività inventiva, postula una **novità**, in quanto non può aversi invenzione se non vi è un'idea nuova che realizzi il progresso rispetto allo stato attuale delle conoscenze.

Appare necessario precisare cosa debba intendersi per attività inventiva.

È chiaro che ogni progresso nel campo industriale possa essere riguardato come una invenzione. Vi sono pertanto dei progressi che sono frutto di invenzioni e altri che non sono tali. Qual è il criterio distintivo?

I criteri proposti sono stati diversi: i più accreditati sono quelli della difficoltà vinta o del risultato inatteso. Non basta cioè perché si abbia invenzione l'applicazione abile e felice delle risorse tecniche già conosciute: si deve operare un salto, vincendo una difficoltà ritenuta insuperabile o ottenendo un risultato nuovo e in precedenza non ottenibile e per ciò inaspettato. Non assume rilievo dal punto di vista giuridico il modo con il quale la difficoltà si è vinta o il risultato è stato ottenuto: si deve trattare non di una applicazione o di un perfezionamento della tecnica, ma di un suo superamento, tale da determinare risultati economicamente apprezzabili in quel determinato settore.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Questi problemi sono stati espressamente affrontati e risolti prima in sede internazionale nella convenzione di Strasburgo del 1963, poi nell'ordinamento interno. Si è stabilito che:

- Una invenzione è **nuova** se non è compresa nello **stato della tecnica** (tutto ciò che è reso accessibile al pubblico nel territorio dello Stato o all'estero prima della data del deposito della domanda di brevetto);
- È considerata implicante un'**attività inventiva** se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in nessun modo evidente dallo stato della tecnica.

Non può pertanto costituire oggetto di brevetto, in quanto non nuova, l'invenzione divulgata. La **divulgazione**:

- Preclude la tutela dell'invenzione comunque essa sia determinata, per fatto dell'inventore o anche per fatto illecito di altri;
- Si ha non soltanto quando si conosca l'esistenza dell'invenzione, ma anche quando si conoscano i metodi per la sua attuazione pratica, per modo che è da considerare invenzione nuova anche quella con la quale di ritrovino processi di lavorazione già conosciuti in passato, ma dei quali si ignorino i sistemi di attuazione pratica, o si ottengano prodotti industriali già conosciuti in passato, ma non più realizzati per ignoranza dei metodi di produzione.

L'**industrialità** indica l'idoneità dell'oggetto dell'invenzione ad essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola.

La **liceità** consiste nella non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

Es. → *Una scoperta scientifica non può come tale essere protetta, in quanto appunto priva di industrialità, ed anzi non è considerata nemmeno come invenzione, ma è protetta l'applicazione tecnica di una scoperta scientifica.*

Nei **disegni e modelli** si richiedono, oltre alla liceità:

- La novità, che ricorre qualora alla data di presentazione della domanda non sia stato divulgato, cioè reso accessibile al pubblico, un disegno o modello identico a quello del quale si chiede la registrazione o che da esso differisca soltanto per dettagli irrilevanti;
- Il carattere individuale, il quale indica l'idoneità a suscitare nell'utilizzatore informato una impressione generale diversa da quella suscitata da qualsiasi disegno o modello divulgato prima della data di presentazione della domanda.

Presupposto del diritto di brevetto

La tutela giuridica dell'idea creativa si ottiene soltanto mediante la **registrazione** dell'invenzione, la quale, nel caso delle invenzioni e dei modelli di utilità, prende il nome di **brevettazione**: essa rappresenta il presupposto del diritto di brevetto.

La tutela del diritto di privativa può attuarsi, anche al di fuori dei confini dello Stato, nel territorio degli Stati aderenti alla Unione di Parigi per la tutela della proprietà industriale. Essa è però subordinata alla richiesta e alla concessione del brevetto nel territorio dei singoli Stati aderenti e si attua secondo le leggi proprie di questi, ferma restando la piena parificazione degli straniere ai cittadini per il suo conseguimento.

La registrazione ha infatti un **effetto costitutivo** e in mancanza di essa non si acquistano i relativi titoli di proprietà industriale e non sussiste quel diritto esclusivo di attuare l'invenzione e di disporne. Ottenuta la registrazione, gli effetti di questa retroagiscono al momento della presentazione della domanda, il quale è decisivo per la determinazione della priorità di invenzione.

La domanda di brevetto o di registrazione deve essere depositata presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi, e deve essere corredata da una precisa descrizione dell'invenzione. L'ufficio accerta:

- La regolarità formale della domanda;
- La ricorrenza delle condizioni di registrazione o di brevettazione;
- I requisiti di validità.

Contro le decisioni dell'Ufficio, gli interessati possono ricorrere all'apposita commissione dei ricorsi.

Della concessione del brevetto e della registrazione viene data notizia nel Bollettino ufficiale di brevetti di invenzione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La concessione del brevetto non pregiudica le azioni giudiziarie circa la validità del brevetto; essa vale soltanto a porre il concessionario in una situazione possessoria, per effetto della quale l'onere della prova della mancanza dei requisiti per la brevettabilità dell'invenzione fa carico a chi intende impugnarlo.
La legge disciplina nel dettaglio la **nullità** del brevetto per invenzioni e della registrazione di disegni e modelli. Il brevetto è **nullo**:

- Per **vizio di sostanza**, se manca alla invenzione il carattere della novità, dell'attività inventiva, dell'industrialità o della liceità;
- Per **vizio di forma** se la descrizione allegata alla domanda non comprende tutte le indicazioni necessarie a persona esperta per mettere in pratica l'invenzione.

Il brevetto è nullo altresì se il suo oggetto si estende oltre il contenuto della domanda iniziale o se il titolare del brevetto non aveva il diritto di ottenerlo e l'inventore non si sia avvalso del potere di rivendica di cui all'art. 118 cod. prod. ind.

L'**azione di nullità**:

- È imprescrittibile;
- Può essere esercitata dagli interessati e dal pubblico ministero;
- La relativa sentenza fa stato *erga omnes* ed è annotata presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi.

La dichiarazione di nullità del brevetto per invenzione ha effetto retroattivo, ma non pregiudica gli atti di esecuzione già compiuti sulla base di sentenza di contraffazione passata in giudicato, i contratti aventi per oggetto l'invenzione conclusi anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza di dichiarazione di nullità per la parte già eseguita, salvo il potere del giudice di accordare un equo rimborso degli importi già versati in esecuzione del contratto, e i pagamenti ottenuti dall'inventore dipendente

Contenuto del diritto di brevetto

La tutela giuridica dell'invenzione consiste nell'attribuzione all'avente diritto della esclusività nell'attuazione dell'invenzione e del diritto di disporne, cioè di trarne profitto nel territorio dello Stato.
Tale facoltà esclusiva si estende al **commercio** del prodotto, ma si esaurisce:

- Una volta che il prodotto sia stato messo in commercio dal titolare del brevetto o con il suo consenso nel territorio dello Stato (c.d. **esaurimento del brevetto**);
- O per evitare che il diritto di privativa rappresenti un ostacolo alla realizzazione di un mercato unico, in quello di altro Stato membro della Comunità europea (c.d. **esaurimento comunitario**).

Il diritto di brevetto non impedisce la attuazione dell'invenzione nell'ambito privato per fini non commerciali o in via sperimentale. D'altra parte la concessione del brevetto non impedisce a colui che, nel corso dei dodici mesi anteriori alla data del deposito della domanda di brevetto o alla data di priorità, abbia fatto uso nella propria azienda della invenzione di continuare ad usarne nei limiti del preuso: la stessa facoltà è riconosciuta all'acquirente dell'azienda in cui l'invenzione è stata utilizzata. La prova del preuso e della sua estensione incombe sul preutente.

L'**esclusività** sussiste nei limiti della invenzione:

- Se l'invenzione riguarda un **nuovo prodotto**, l'esclusività sussiste in ordine alla produzione e al commercio di quel nuovo prodotto;
- Se riguarda un **metodo di produzione**, essa sussiste in ordine all'impiego di quel determinato metodo come pure, quando il procedimento è tale da consentire di produrre un prodotto nuovo, al commercio del prodotto da esso direttamente ottenuto, nel qual caso si presume che ogni prodotto identico sia stato ottenuto mediante il procedimento brevettato quando il prodotto sia nuovo o quando si ricavi in tal senso una sostanziale probabilità e ragionevoli sforzi non consentano di determinare il procedimento effettivamente attuato.

L'art. 2585 prevede che nel caso in cui l'invenzione costituisca un **perfezionamento**, un **completamento** o una **derivazione** di altra invenzione protetta da precedente brevetto, e pertanto presupponga l'applicazione dell'invenzione brevettata, la nuova invenzione non pregiudica il diritto dei titolari dei precedenti brevetti e non può essere utilizzata senza il consenso di questi. Pur essendo consentito all'inventore di ottenere a sua volta un brevetto, la **dipendenza** del nuovo brevetto da altro precedentemente ottenuto impone la necessità del consenso del brevetto principale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per impedire tuttavia che costui precluda la realizzazione di un'invenzione che sia particolarmente rilevante si prevede il diritto del titolare del brevetto indipendente di ottenere dal titolare del brevetto principale la licenza obbligatoria nella misura necessaria allo sfruttamento dell'invenzione purché questa rappresenti un importante progresso tecnico di considerevole rilevanza economica. D'altra parte, il titolare del brevetto sull'invenzione principale ha diritto a sua volta alla concessione di una licenza obbligatoria a condizioni ragionevoli sul brevetto dell'invenzione dipendente. La licenza obbligatoria può essere concessa solo qualora il richiedente dimostri di non aver potuto ottenere dal titolare una licenza contrattuale ed eque condizioni, e sempre che non abbia contraffatto in mala fede il brevetto. Le norme che disciplinano la concessione di licenze obbligatore in materia di brevetti per invenzioni industriali si applicano anche ai modelli di utilità.

Soggetti del diritto di brevetto: le invenzioni di stabilimento

L'art. 2588 e l'art. 62 cod. prod. ind. stabiliscono che titolare del diritto sull'invenzione è l'**inventore**. All'inventore competono:

- Il diritto, personale e intrasmissibile, di essere riconosciuto autore dell'invenzione;
- Il diritto di chiedere la concessione del brevetto.

Se il brevetto è stato ottenuto da parte di persona diversa da quella alla quale spettano i diritti patrimoniali sull'invenzione, il titolare del diritto può **rivendicare** il brevetto e sostituirsi al richiedente se il brevetto non è stato ancora rilasciato o, se lo è già stato, ottenere che l'intestazione del brevetto sia modificata, sostituendo all'usurpatore la propria persona.

Particolari principi vigono nel caso in cui l'invenzione sia fatta dal prestatore di lavoro nel campo di attività dell'impresa o della pubblica amministrazione da cui dipende (c.d. **invenzioni di stabilimento**):

- Se l'invenzione è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un rapporto di lavoro:
  a) I diritti patrimoniali nascenti dall'invenzione e la facoltà di chiedere la concessione del brevetto spettano al **datore di lavoro**;
  b) Al **prestatore di lavoro** spetta il diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione; all'inventore è inoltre dovuto un **equo premio**, ma solo nel caso in cui l'attività inventiva non sia prevista come oggetto del rapporto di lavoro né sia stabilita una particolare retribuzione per l'attività inventiva, e sempre che il datore di lavoro ottenga il brevetto o utilizzi l'invenzione in regime di segretezza industriale: in mancanza di tali condizioni, neppure questo premio è dovuto.
- Nel caso invece in cui l'invenzione, pur non essendo avvenuta nello svolgimento del rapporto di lavoro, si attui nel campo di attività dell'impresa privata a cui è addetto l'inventore i diritti patrimoniali spettano a quest'ultimo, ma è riconosciuto al datore di lavoro un **diritto di opzione** per l'uso dell'invenzione o per l'acquisto del brevetto, da esercitarsi entro tre mesi dalla comunicazione del conseguimento del brevetto.

Particolari regole sono poi previste per le invenzioni fatte nel corso di un rapporto di lavoro intercorrente con una università o una pubblica amministrazione avente tra i suoi scopi istituzionali finalità di ricerca: in tale ipotesi, l'autore di un'invenzione brevettabile è titolare esclusivo dei diritti da essa derivanti, a meno che si tratti di ricerche finanziate da soggetti privati o di progetti di ricerca finanziati da soggetti pubblici diversi dalla struttura di appartenenza del ricercatore.

Trasferimento ed estinzione del diritto di brevetto

I **diritti patrimoniali** nascenti dall'invenzione sono **liberamente trasferibili** (art. 2585). A riguardo:

- Essi possono essere ceduti volontariamente o invece formare oggetto di esecuzione forzata, come possono essere espropriati per ragioni di pubblica utilità;
- Su di essi possono essere costituiti diritti reali di godimento o anche diritti reali di garanzia;
- Essi possono essere concessi in uso, il che praticamente si attua attraverso la concessione della licenza, istituto questo non regolato dalla legge, ma che in pratica ha larga attuazione.

Gli atti di trasferimento *inter vivos*, come gli atti di costituzione di diritti reali di godimento o di garanzia sono soggetti a pubblicità dichiarativa nella forma della trascrizione presso l'Ufficio italiano brevetti e marchi: fin quando gli atti non sono stati trascritti, sono privi di effetti nei confronti dei terzi che abbiano acquistato e legalmente conservato diritti sul brevetto.

La tutela giuridica delle invenzioni è **temporanea**. Essa sussiste:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Per le **invenzioni vere e proprie** per un periodo di 20 anni, senza possibilità di proroghe o rinnovazioni;
- Per i **modelli di utilità** per il periodo di 10 anni;
- Per i **modelli e disegni** per il periodo di 5 anni, prorogabili per uno o più periodi di 5 anni fino ad un massimo di 25 anni;
- Per le **topografia dei prodotti a semiconduttori** per il periodo di 10 anni.

L'**estinzione** dei diritti patrimoniali nascenti dall'invenzione consegue al decorso del tempo stabilito dalla legge per le singole categorie di invenzioni; essi si estinguono altresì anche prima del decorso del termine, per il verificarsi di determinate cause di decadenza.

La mancata attuazione dell'invenzione non importa più la decadenza del brevetto, bensì l'obbligo dell'inventore di concedere a chi ne faccia richiesta la licenza per l'uso non esclusivo dell'invenzione verso corrispettivo; la concessione della licenza obbligatoria non esonera tuttavia il titolare del brevetto o il suo avente causa dall'attuazione dell'invenzione, con la conseguenza che il brevetto decade se, entro due anni dalla concessione della prima licenza obbligatoria, non sia stato attuato o lo sia stato in misura non adeguata. Ulteriore causa di decadenza è rappresentata dal mancato pagamento del diritto annuale di brevetto entro sei mesi dalla scadenza per le invenzioni vere e proprie. Il mancato pagamento delle tasse determina il venir meno della concessione, dalla quale appunto la posizione di esclusività deriva, e conseguentemente determina il venir meno della posizione stessa di esclusività.

Tutela del diritto di brevetto

L'azione concessa a tutela del diritto di privativa spettante al titolare del brevetto è l'**azione di contraffazione**, che può essere fatta valere in sede civile e in sede penale.

L'unificazione della tutela giurisdizionale di questa materia rappresenta una delle innovazioni più significative introdotte dal codice della proprietà industriale: infatti, le norme di cui agli artt. 117 ss. cod. prod. ind. contengono regole generali e comuni a tutte le azioni a tutela dei diritti di proprietà industriale.

Le relative azioni devono essere fatte valere dinanzi all'Autorità giudiziaria italiana, qualunque sia la cittadinanza delle parti e il loro domicilio, dinanzi al giudice territoriale competente secondo il domicilio del convenuto o il luogo in cui sono stati compiuti i fatti lesivi del diritto di privativa: le controversie in materia di proprietà industriale rientrano nella cognizione delle **sezioni specializzate** in materia di impresa istituite dal D. Lgs. n. 168 del 2003.

L'azione spetta al **titolare del brevetto**, e più in generale al titolare del diritto di proprietà industriale, o a colui che abbia diritti reali sullo stesso; non spetta invece al titolare della licenza di sfruttamento, il quale in caso di molestie da parte dei terzi potrà avvalersi dei comuni mezzi apprestati dagli artt. 1585 e 1586 c.c.

Per l'esercizio dell'azione è sufficiente la dimostrazione del titolo di proprietà industriale e dell'altrui contraffazione.

L'azione di contraffazione tende a **inibire** lo sfruttamento abusivo e ad ottenere il **risarcimento** dei danni: con la sentenza che accerta la contraffazione può essere ordinata la distruzione degli strumenti che sono serviti a violare il diritto di proprietà industriale e anche l'assegnazione di essi e dei prodotti contraffatti al titolare del diritto stesso a titolo di risarcimento del danno.

Questo può consistere in una somma complessiva da liquidarsi presuntivamente e in base agli atti della causa; ad impedire ulteriori utilizzazioni abusive, la sentenza può fissare una somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti disposti dal giudice. Il risarcimento può seguire anche in forma specifica, ad esempio mediante la pubblicazione della sentenza. Possibile è anche che si ottenga la restituzione dei profitti realizzati dall'autore della violazione in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui lo eccedono.

La legge prevede anche la possibilità di una **tutela cautelare** con cui, prima ancora dell'instaurazione del giudizio di merito, sia ordinata l'**inibitoria** di qualsiasi violazione imminente del diritto. Come provvedimenti interinali e cautelari, possono essere richiesti, prima dell'azione o nel corso del giudizio:

- La **descrizione**, che mira a precostituire le prove della contraffazione e costituisce un mezzo di istruzione preventiva, e come tale va regolata;
- Il **sequestro**, che costituisce una misura cautelare volta a impedire la continuazione dell'abuso.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Entrambi i provvedimenti perdono efficacia se non sono eseguiti nel termine di trenta giorni.
La violazione dei diritti di proprietà industriale può comportare inoltre **sanzioni amministrative** e **penali**: ad esse si affiancano le misure dirette a contrastare gli atti di pirateria, per tali intendendosi le contraffazioni evidenti dei marchi, disegni e modelli registrati e le violazioni dolose e sistematiche dei diritti di proprietà industriale.

Il diritto d'autore

Il diritto d'autore: funzione e caratteri

L'art. 2575 prevede che attraverso il **diritto di autore** la legge tutela le **opere dell'ingegno di carattere creativo** che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.

Tale tutela è stata estesa alle fotografie di carattere creativo, ai programmi per elaboratore (c.d. *software*), alle banche dati e alle opere del disegno industriale.

Oggetto della tutela giuridica è pur sempre una creazione, e cioè una manifestazione originale della personalità umana, ma la sostanza creativa risiede tutta o quasi tutta nella forma e cioè nel modo originale in cui, nei diversi campi, la personalità umana si manifesta. D'altra parte, la legge tutela le manifestazioni del pensiero in quanto espressione della personalità umana, non per l'utilità pratica che possano avere.

Dal primo aspetto consegue che l'effettivo valore letterario o artistico di un'opera non è rilevante ai fini della protezione legislativa e neppure l'originalità del pensiero o la novità dei risultati; anche le opere più modeste sono protette, così come sono protette le opere che affrontano problemi già conosciuti o considerano situazioni già note.
Dal secondo aspetto deriva una profonda diversità con le invenzioni industriali, le quali invece sono dalla legge tutelate proprio in funzione della loro utilità pratica.
Le opere d'arte applicate all'industria sono fine a sé stesse ed hanno un valore autonomo per il solo fatto che sono create: l'applicazione all'industria è una mera accidentalità e, quando si verifica, non ne modifica in nulla la disciplina giuridica.
I modelli industriali sono invece in funzione di un'applicazione industriale: se manca pertanto la possibilità di applicazione industriale, manca ogni tutela giuridica, così come la tutela giuridica cessa se l'applicazione industriale in concreto non si verifica, a meno che non si tratti di "opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico", le quali, proprio e solo in quanto tali, sono protette dalla disciplina del diritto d'autore.

Appunto perché l'opera dell'ingegno ha un valore autonomo per il solo fatto che è creata, l'acquisto del diritto di autore si attua immediatamente con la creazione dell'opera e non è subordinato alla registrazione o ad altri presupposti formali; la tutela giuridica, pur essendo temporanea, ha una durata eccezionalmente lunga e si attua a prescindere da qualsiasi utilizzazione pratica dell'opera, riconoscendosi anzi all'autore il c.d. **diritto di inedito**, e cioè di impedire la divulgazione dell'opera. È sì prevista una registrazione delle opere dell'ingegno, ma tale registrazione non ha effetti costitutivi, ma solamente amministrativi o probatori.

Contenuto del diritto d'autore: diritto morale e diritto di utilizzazione economica

La tutela giuridica dell'opera dell'ingegno si attua mediante il riconoscimento dell'autore:

- Di un diritto personale (c.d. **diritto morale**).
- Di un diritto patrimoniale (c.d. **diritto di utilizzazione economica**).

Indubbiamente però la considerazione della persona dell'autore opera anche sul terreno patrimoniale: l'esclusività dell'utilizzazione economica è conseguenza dell'esclusività che compete all'autore in ordine alla diffusione della propria creazione intellettuale.

La disciplina giuridica delle opere dell'ingegno si incentra sul diritto di pubblicazione che spetta all'autore sulla base dell'atto di creazione e che costituisce il presupposto di ogni utilizzazione economica e non economica.
Il conseguimento dei vantaggi economici, eventualmente realizzabili mediante la diffusione, viene a porsi soltanto come una conseguenza indiretta e non necessaria di questa posizione personale dell'autore, la quale rimane influente anche nella disciplina giuridica della utilizzazione economica, tanto da rendere insuscettibili di pegno o di pignoramento o sequestro i diritti di utilizzazione economica finché spettano personalmente all'autore, da consentire all'autore il ritiro dal commercio dell'opera o la fissazione di un termine per la pubblicazione con efficacia vincolante per gli eredi.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nel **diritto morale di autore** sono comprese diverse facoltà:

1. Il diritto di essere riconosciuto autore dell'opera e di rivendicarne la paternità nei confronti di chiunque voglia farla apparire come propria;
2. Il diritto di anonimo, il diritto cioè dell'autore di non rivelarsi al momento della pubblicazione dell'opera;
3. Il diritto di inedito, il diritto cioè di non pubblicare l'opera, del quale costituisce un particolare aspetto il diritto di ritirare l'opera dal commercio, per gravi ragioni morali, indennizzando coloro che abbiano acquistato i diritti patrimoniali;
4. Il diritto di opporsi a qualunque deformazione, mutilazione o altra modificazione dell'opera dell'ingegno che possa essere di pregiudizio all'onore e alla reputazione dell'autore.

Nei casi in cui, trattandosi di opera collettiva, il diritto d'autore spetta *pro indiviso* a più persone, il diritto morale spetta a ciascuno dei coautori.
Il diritto morale d'autore come diritto personale è **intrasmissibile**; tuttavia, dopo la morte dell'autore, esso può essere esercitato, eccetto per la facoltà di ritirare l'opera dal commercio, dal coniuge o dai figli o, in mancanza, dai genitori o dagli altri ascendenti o discendenti diretti e, in mancanza anche di questi, dai fratelli o dalle sorelle e dai loro discendenti.
Nel **diritto patrimoniale di autore** sono comprese numerose facoltà, riconducibili a tre categorie:

1. La facoltà di pubblicazione, che ha indubbi punti di contatto con la facoltà di inedito. L'opera è compiuta per esser portata a conoscenza di terzi, per essere cioè pubblicata: non soltanto la pubblicazione è il presupposto di ogni forma di utilizzazione economica dell'opera, ma in genere è anche lo scopo stesso per il quale l'opera è compiuta;
2. La facoltà di riproduzione ha un contenuto amplissimo e vario. Essa comprende tutte le forme di utilizzazione diretta dell'opera dell'ingegno, dalla moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera in qualunque modo o forma e dalla trascrizione alla esecuzione, rappresentazione, recitazione in pubblico, alla diffusione a distanza mediante telegrafo, radio o televisione ed altri mezzi analoghi, compreso il satellite, alla ritrasmissione via cavo, alla comunicazione codificata con condizioni particolari di accesso e alla messa a disposizione in modo tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, dalla traduzione in altra lingua alla modificazione e rielaborazione..
3. La facoltà di smercio riguarda la messa in circolazione dell'opera e degli esemplari di essa a scopo di lucro. Essa comprende ora espressamente la facoltà di noleggio, intendendosi per tale la cessione in uso degli originali, di copie e di supporti di opere.

Soggetti del diritto d'autore: opere in collaborazione

Soggetto del diritto d'autore è l'autore dell'opera e, per quanto riguarda i diritti patrimoniali, anche i suoi aventi causa. Se l'opera dell'ingegno è il risultato della collaborazione di più persone, diverse ipotesi possono verificarsi, a seconda che la collaborazione si attui:

A. **Per parti distinte**, come avviene nelle opere collettive (es. dizionari): in questo caso l'opera di ciascun autore è esattamente individuata e ha nel complesso una sua autonomia. In questo caso, il diritto d'autore di ciascun collaboratore è distinto da quello dell'altro e l'unico problema è quello di coordinare l'utilizzazione economica dell'opera collettiva con quella delle singole parti;
B. **Senza che sia possibile una distinzione di parti** mediante l'esplicazione di attività omogenee. In questo caso si determina una comunione *pro indiviso* dell'opera;
C. **In funzione di un'opera unitaria mediante la prestazione di attività eterogenee**. In questa ipotesi, che si verifica nel melodramma e nel film, sorge il problema della individuazione dei soggetti del diritto di autore e della loro posizione reciproca in ordine alla utilizzazione economica dell'opera.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nel **melodramma**, coautori sono il librettista e il musicista. Essendo la loro opera esattamente individuabile, ciascuno di essi ha il diritto di autore, l'uno sul libretto, l'altro sulla musica. Essi possono peraltro disporre separatamente della loro opera, salvo i limiti imposti all'autore del libretto dell'opera compiuta in collaborazione con il musicista. Quanto all'utilizzazione dell'opera comune, la legge pone il musicista in posizione di preminenza rispetto al librettista.
Nei **film**, coautori sono considerati dalla legge l'autore del soggetto, l'autore della sceneggiatura, l'autore della musica e il direttore artistico. A questi la legge riconosce soltanto dei vantaggi di carattere economico, mentre l'esercizio della facoltà di utilizzazione dell'opera viene riservato esclusivamente al produttore, e cioè a colui che organizza l'opera a cui ciascuno dei coautori concorre a dare vita al film. Il produttore non diviene coautore: autori del film rimangono soltanto i quattro soggetti sopra indicati; l'attività del produttore è attività industriale, non attività creativa.
L'autore può non rivelarsi; l'opera può essere cioè pubblicata **anonima** o con uno **pseudonimo** che non consenta di individuare la persona dell'autore. In questo caso l'autore non ha la possibilità di esercitare il diritto di autore, ma tale ostacolo di fatto può essere in ogni tempo rimosso mediante la rivelazione della sua identità.

Acquisto e disposizione del diritto d'autore: contratti di edizione, rappresentazione, ed esecuzione

L'**art. 2576** c.c. prevede che l'**acquisto** del diritto di autore è svincolato da ogni presupposto formale e dipende dalla **creazione dell'opera**.

A fini amministrativi è prescritto il deposito di un esemplare o di una copia dell'opera presso l'ufficio della proprietà letteraria e artistica. Per le opere cinematografiche, la registrazione è effettuata nel registro pubblico speciale per le opere cinematografiche, tenuto dalla SIAE (Società Italiana degli Autori ed Editori).

L'art 2581 c.c. prevede che:

- I diritti di utilizzazione spettanti all'autore sono **trasferibili**;
- Gli atti di disposizione del diritto d'autore *inter vivos* debbono essere **provati per iscritto**.

Tra essi merita una particolare considerazione il **contratto di edizione**, con il quale l'autore concede ad altra persona (editore) il diritto di pubblicare l'opera per proprio conto e a proprie spese e l'editore si obbliga a riprodurre l'opera e a metterla in vendita e a pagare il compenso pattuito.
Il contratto di edizione è un contratto con prestazioni corrispettive.

- La prestazione dell'autore consiste in un **dare**: nella normalità delle ipotesi però non si ha una alienazione traslativa del diritto di autore, ma una alienazione costitutiva. Si trasferisce all'editore il diritto di edizione, cioè l'esercizio del diritto di utilizzazione economica dell'opera nei limiti fissati dal contratto, ossia per edizione o a termine.
- La prestazione dell'editore consiste invece in un **risultato**, e cioè nella riproduzione e messa in vendita dell'opera, dal quale essenzialmente dipende la realizzazione del compenso dell'autore, essendo obbligatoriamente imposto il sistema di compartecipazione.

L'autore può richiedere la risoluzione del contratto se l'editore non pubblichi l'opera nel termine stabilito, e la risoluzione ha luogo di diritto nel caso in cui siano previste nel contratto più edizioni e l'editore dichiari di rinunziare alla nuova edizione o non proceda all'edizione entro due anni.
Anche dopo la stipulazione del contratto di edizione è consentito all'autore, per gravi motivi morali, di ritirare dal commercio l'opera, tenendo indenne l'editore (art. 2582 c.c.).

Il contratto di edizione può riguarda anche un'opera **futura**, un'opera cioè che l'autore si obblighi a compiere per quel determinato editore; in questo caso, il contratto si estingue se l'autore muore prima che l'opera sia compiuta, salvo che una parte notevole e a sé stante dell'opera sia stata già consegnata, nel qual caso l'editore ha la scelta tra la pubblicazione della parte e la risoluzione del contratto.

La natura originaria dell'acquisto del diritto patrimoniale da parte del committente importa che al diritto debba essere attribuita la medesima espansione, non essendo concepibili limitazioni di fronte all'originarietà dell'acquisto.

Per le opere drammatiche, drammatico-musicali, coreografiche e in genere per le opere destinate alla rappresentazione accanto al contratto di edizione, assume rilevanza il **contratto di rappresentazione**, con il quale l'autore concede questa particolare facoltà di riproduzione dell'opera e l'altro contraente assume l'obbligo di farla rappresentare o eseguire in pubblico e di corrispondere all'autore un compenso.
Per le opere musicali il contratto prende il nome di **contratto di esecuzione**.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tutela del diritto d'autore

La tutela giuridica dell'autore è temporanea, ma la durata della protezione è eccezionalmente lunga. Principio generale è che la protezione sussiste per tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte.

- Per le opere compiute con la collaborazione di più persone e nelle quali non è possibile distinzione in parti o le quali mirano a un tutto unico, la protezione si determina in funzione del coautore che muore per ultimo;
- Per le altre opere collettive, il diritto sull'opera come complesso dura per settanta anni dalla pubblicazione.

Per quanto concerne le tecniche di tutela, la legge adotta soluzioni largamente coincidenti con quelle in tema di proprietà industriale. Si prevedono così:

- Provvedimenti di **inibitoria**, anche in sede cautelare;
- La **condanna al risarcimento dei danni**, che in questo caso devono ricomprendere anche i danni morali;
- La **distruzione dei mezzi** impiegati per la violazione, e sono predisposte misure processuali volte ad agevolare la prova della violazione stessa;
- Che le sezioni specializzate in materia di impresa conoscano le relative controversie.

Tutela dei programmi per elaboratore e delle banche dati

La disciplina del diritto di autore adesso ricomprende anche i **programmi per elaboratore** e le **banche di dati**. Si è concluso così un lungo dibattito in merito alle forme possibili di tutela, e si è concluso, soprattutto alla luce del divieto di loro brevettazione, adottando il *copyright approach* già utilizzato negli Stati Uniti d'America.

Deve trattarsi di programmi "*in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore*", ovvero "*di raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti*" che siano individualmente accessibili.

La tutela non si impernia tanto sulla forma espressiva utilizzata, ma sull'originalità dello sforzo intellettuale e di quello di sistemazione.

La legge naturalmente rileva per l'utilizzabilità operativa dell'opera intellettuale, si preoccupa di individuare autonomamente i diritti esclusivi spettanti all'autore del programma e delle banca dati: essi comprendono quelli di riproduzione, traduzione, adattamento e modificazione del programma o della banca dati, e quelli di sua distribuzione al pubblico.

Anche in materia di programmi per elaboratore e di banche dati opera il principio del c.d. **esaurimento comunitario**: con la conseguenza che la prima vendita di una loro copia nella Comunità europea esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all'interno della Comunità.

Il legislatore ha dettato un'apposita norma per l'ipotesi che l'autore sia un lavoratore dipendente, riconoscendo al datore di lavoro la titolarità dei diritti di utilizzazione economica relativi ai programmi per elaboratore o della banca dati creati dal lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni del datore di lavoro stesso: e lo stesso è a dirsi dell'opera di disegno industriale creata dal lavoratore dipendente nell'esercizio delle sue mansioni.

Dall'altra parte all'acquirente del programma non può essere impedito di riprodurlo o di modificarlo in quanto ciò risulti necessario al suo uso, né di effettuarne una copia di riserva: analoghe facoltà sono riconosciute all'utente legittimo della banca dati.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I consorzi tra imprenditori

Il consorzio: funzione e caratteri

Il **consorzio** è un'associazione di persone fisiche o giuridiche, per la realizzazione in comune di un interesse proprio di queste persone. Elemento caratteristico del consorzio è che trova il suo presupposto in una situazione obbiettiva che si verifica per una categoria di persone e dalla quale dipende l'insorgere di quell'interesse che attraverso il consorzio si intende realizzare in comune.

Con il consorzio si realizza in comune un interesse che è già proprio di coloro che al consorzio partecipano: in definitiva funzione del consorzio è essenzialmente quella di prestare un servizio nell'interesse dei singoli consorziati, con la conseguenza che l'attività del consorzio si risolve in una serie di atti i cui risultati si acquisiscono direttamente alla sfera giuridica dei singoli partecipanti.

L'organizzazione comune si pone essenzialmente come uno strumento per la realizzazione di interessi propri di ciascun consorziato che singolarmente non potrebbero essere realizzati o non potrebbero essere realizzati a quelle condizioni economiche.

Questa comunanza di situazioni e di interessi che collega una pluralità di persone spiega perché, a differenza di quanto avviene per le altre associazioni, la costituzione del consorzio, anziché essere rimessa alla libera determinazione degli interessati, possa essere in talune ipotesi obbligatoriamente imposta e in altre coattivamente realizzata. Spiega cioè quella tripartizione, che è caratteristica dei consorzi e non si riscontra in altre associazioni, in consorzi volontari, consorzi obbligatori e consorzi coattivi.

L'istituto del consorzio ha una applicazione generale sia nel campo del diritto pubblico sia nel campo del diritto privato, ogni volta che si renda necessaria la creazione di un organismo di integrazione economica per la risoluzione di problemi che singolarmente non potrebbero essere risolti.

Nel campo del diritto privato particolare importanza assumono i **consorzi tra imprenditori**: si tratta di consorzi **volontari**, dal momento che fonte dell'organizzazione consortile è essenzialmente la volontà degli imprenditori consacrata in un contratto.

La nozione di consorzio contenuta nell'originario art. 2602 c.c. ricomprendeva esclusivamente i contratti tra imprenditori esercenti una medesima attività economica o attività connesse, che avessero per oggetto la disciplina delle attività stesse, e cioè il coordinamento della produzione e degli scambi.

A tale nozione se ne è sostituita una uova e più ampia: secondo l'attuale art. 2602 c.c., infatti, "*con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*".

Sicché la nozione attuale di consorzio ricomprende due distinti fenomeni:

1. Quello ove l'organizzazione comune è creata per la **disciplina** di determinate fasi delle rispettive imprese, nel quale appunto possono essere sussunti i consorzi tra imprenditori concorrenti creati per il coordinamento della produzione e degli scambi;
2. Quello in cui l'organizzazione comune è creata per lo **svolgimento** di determinate fasi delle rispettive imprese.

L'organizzazione degli imprenditori non è senza rilievo per l'economia nazionale: essa incide sullo svolgimento della vita sociale e deve essere valutata in primo luogo ai fini della disciplina *antitrust*, alla luce sia della normativa comunitaria sia di quella interna contenuta nella legge n. 287 del 1990.

Nel sistema del codice è previsto inoltre formalmente un controllo delle organizzazioni degli imprenditori in modo da impedire che esse esercitino una funzione antisociale.

In relazione a ciò, il codice dispone che, per la costituzione dei consorzi, è necessaria l'approvazione dell'autorità governativa e che l'attività dei consorzi, qualunque sia la loro influenza sul mercato, è soggetta alla vigilanza dell'autorità governativa, alla quale è attribuito il potere di sciogliere gli organi di consorzio, sostituendoli con un commissario governativo, o di sciogliere addirittura, nei casi più gravi, il consorzio.

Il contratto di consorzio

Il **contratto di consorzio**, in quanto diretto a incidere sull'attività economica dei contraenti, presuppone, sia al momento della sua conclusione che durante il suo svolgimento, la sussistenza dei requisiti

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

inizialmente necessari per la partecipazione al consorzio, e cioè che permanga nel contraente la **qualità di imprenditore** della categoria riguardata dal contratto.

Fanno eccezione le società consortili miste, i consorzi con attività esterna diretti alla garanzia collettiva die fidi, i c.d. confidi, iscritti in un elenco tenuto da un apposito Organismo.

Se il contraente cessa dall'esercizio dell'attività economica che il consorzio disciplina viene meno la ragione di una sua partecipazione al consorzio. Infatti:

- Il contraente non ha più interesse a partecipare ad una organizzazione che più non lo riguarda;
- Gli altri contraenti non hanno più interesse alla partecipazione di chi non può essere praticamente vincolato dalle deliberazioni consortili.

Nell'ipotesi in cui tale situazione si verifichi è prevista la previsione nel contratto di **cause di recesso** o di **esclusione**. In conseguenza dell'esercizio del **diritto di recesso** e dell'**esclusione**, il contratto si scioglie limitatamente a quel consorziato, mentre permane tra gli altri.

Quando la cessazione dell'esercizio dell'impresa da parte del consorziato è l'effetto del trasferimento dell'azienda, non si ha tuttavia lo scioglimento del rapporto, ma la semplice sostituzione dell'acquirente all'alienante in applicazione del principio generale sancito nell'art. 2558 c.c. Soltanto nel caso in cui sussista una giusta causa, e limitatamente all'ipotesi di trasferimento per atto tra vivi, è consentito agli altri consorziati di deliberare, entro un mese dalla notizia dell'avvenuto trasferimento, l'esclusione dell'acquirente dal consorzio.

Il contratto di consorzio deve, ai sensi dell'art. 2603 c.c., essere fatto **per iscritto** sotto pena di nullità e deve indicare:

a. **L'oggetto e la durata del consorzio**. Se la durata non è determinata nel contratto, esso si deve intendere stipulato per un decennio. Il contratto può essere prorogato prima della scadenza del termine, ma è necessario il consenso di tutti i consorziati;
b. **La sede dell'ufficio eventualmente costituito**. L'indicazione ha rilievo per la localizzazione dell'organizzazione consortile, soprattutto in funzione delle comunicazioni e delle notificazioni da farsi al consorzio;
c. **Gli obblighi assunti e i contributi dovuti dai consorziati**.
d. **Le attribuzioni e i poteri degli organi consortili anche in ordine alla rappresentanza in giudizio**. La legge non precisa quali siano gli organismi consortili e quali le loro attribuzioni. L'organizzazione e la sua complessità rimangono quindi essenzialmente rimesse alla volontà dei consorziati manifestata nel contratto. La legge prevede che:
    - Le deliberazioni relative all'attuazione dell'oggetto del consorzio siano prese con il voto favorevole della maggioranza dei consorziati, ove il contratto non disponga diversamente;
    - Che la deliberazione di trasformazione in società di capitali sia assunta col voto favorevole della maggioranza assoluta dei consorziati.

    Accanto all'assemblea, possono essere nominati nel contratto organi amministrativi e di controllo, come si evince anche dall'art. 2605 c.c., ai quali siano rimesse l'esecuzione delle deliberazioni consortili e la vigilanza sull'esatto adempimento delle obbligazioni assunte;
e. **Le condizioni di ammissione di nuovi consorziati**. Gli scopi del consorzio si realizzano tanto più compiutamente, quanto più ampia è la partecipazione al consorzio degli imprenditori di quella categoria. Normalmente pertanto il consorzio non è un contratto chiuso, ma un contratto aperto: un contratto cioè he consente la partecipazione di nuovi contraenti. Questa partecipazione, secondo l'art. 1332, è ammissibile in quanto il contratto la preveda;
f. **I casi di recesso e di esclusione**. Questa indicazione è necessaria soltanto in quanto si intenda consentire al consorziato il diritto di recesso dal contratto o si intenda, in tali ipotesi e in altre, attribuire all'organizzazione consortile il diritto di escludere il consorziato, rispetto al quale si è verificata la causa di esclusione. Non può essere esercitato il recesso o disposta l'esclusione, se non nell'ipotesi in cui il recesso o l'esclusione siano previsti dal contratto;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

g. **Le sanzioni per l'inadempimento degli obblighi dei consorziati**. Spesso nelle organizzazioni consortili sono stabilite sanzioni per quegli inadempimenti dei singoli consorziati che operano dannosamente sull'attività del consorzio. Si tratta per lo più di penali inflitte ai consorziati inadempienti, e che sono fissate in misura elevata per impedire qualsiasi infrazione contrattuale;
h. **Le quote dei singoli consorziati o i criteri per la determinazione di esse,** nel caso in cui il consorzio abbia per oggetto il contingentamento della produzione o degli scambi. L'indicazione è necessaria in quanto la determinazione delle quote non è materia di competenza degli organi consortili, ma è materia rimessa alla volontà dei singoli consorziati, i quali o vi provvedono direttamente nel contratto, o possono demandare a un terzo la determinazione delle quote.

Nulla vieta che come terzo sia indicato nel contratto un organo consortile, ma in questo caso gli organi consortili non funzionano come tali, ma funzionano come terzi arbitratori e le loro decisioni non sono regolate dai principi che regolano l'attività dell'organo, ma sono regolate dai principi che vigono per la determinazione degli arbitratori. La decisione potrà pertanto essere impugnata, anche nel caso in cui non possa contestarsene la regolarità formale, quando essa sia manifestamente erronea od iniqua: l'impugnazione deve essere proposta dinanzi all'autorità giudiziaria nel termine di trenta giorni dalla notizia della determinazione.

L'art. 2607 prevede che le **modificazioni** del contratto debbono essere fatte anche esse per iscritto sotto pena di nullità. Esula dalla competenza degli organi consortili ogni modificazione del contratto originario, essendo espressamente ribadito che la modificazione è possibile soltanto con il consenso di tutti i consorziati, con l'unica eccezione della trasformazione in società di capitali, che è assunta dalla maggioranza assoluta dei consorziati e sottoposta alla opposizione dei creditori.
Tuttavia la legge prevede che il contratto disponga diversamente: così potrà essere demandato all'assemblea dei consorziati di apportare modificazioni al contratto con deliberazione a maggioranza semplice o qualificata.

La legge non distingue tra modificazione e modificazione: sembrerebbe pertanto che qualsiasi modificazione possa essere demandata alla competenza dell'assemblea. Tuttavia sembra che una distinzione debba farsi tra:

- Modificazioni che attengono alla organizzazione consortile e al suo funzionamento;
- Modificazioni che attengono agli obblighi assunti da ciascun consorziato o alla quota di sua spettanza nel caso di consorzio di contingentamento.

Soltanto le prime possono essere demandate all'assemblea dei consorziati ed essere attuate sulla base di una deliberazione di maggioranza. Le seconde invece, in quanto importino un aggravamento degli obblighi del singolo consorziato, non possono essere attuate senza il consenso di questo.

Cause di scioglimento del contratto di consorzio sono:

- La volontà unanime dei contraenti;
- Il decorso del tempo previsto per la sua durata;
- Il conseguimento dell'oggetto o l'impossibilità di conseguirlo;
- La deliberazione dei consorziati quando sussiste una giusta causa e le altre cause previste dal contratto;
- Per provvedimento dell'autorità governativa nei casi ammessi dalla legge (art. 2611 c.c.).

L'organizzazione consortile: consorzi con attività interna e consorzi con attività esterna

L'organizzazione consortile può avere:

- Una **funzione** puramente **interna**, riguardante cioè unicamente i rapporti tra i consorziati;
- Una **funzione esterna**, e inserirsi nello svolgimento dell'attività tra consorziati e terzi.

Si distinguono così:

- I **consorzi con attività interna**, la cui sostanza consiste nella creazione di una organizzazione unitaria, alla quale sia rimesso di coordinare l'azione dei singoli partecipanti, attraverso la fissazione, con efficacia vincolante per i singoli consorziati, di direttive a cui ciascuno di essi dovrà attenersi nello svolgimento della sua attività economica.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Siamo in presenza di un contratto di collaborazione, rispetto al quale il *non facere* dei singoli è soltanto un effetto indiretto dell'accordo: il non agire in contrasto con le direttive impartite dall'organizzazione comune è la conseguenza della creazione di questa organizzazione, alla quale appunto la volontà dei consorziati è diversa.
Diversamente accade nei patti di non concorrenza e nei cartelli, che comportano l'assunzione di una pura obbligazione negativa: con l'esito che, qualora vi partecipino più persone, si pongono soltanto dei rapporti bilaterali tra ciascun concorrente e tutti gli altri.
Anche nei consorzi indubbiamente si determinano limitazioni all'iniziativa economica dei singoli: esse tuttavia sussistono soltanto in quei casi e in quei limiti in cui l'organizzazione comune lo riterrà necessario.
Da ciò un'ulteriore differenza tra patto di non concorrenza e consorzio:

- L'obbligazione di coloro che stipulano un patto di non concorrenza è fin dall'inizio determinata nel suo contenuto e non può essere modificata se non di comune accordo;
- Le limitazioni dell'iniziativa economica conseguenti alla creazione dell'organizzazione consortile non debbono essere necessariamente determinate *ab initio* e possono farsi dipendere dalle direttive di volta in volta impartite dall'organizzazione consortile.

- I **consorzi con attività esterna** hanno rilevanza giuridica. Lo svolgimento di una attività con i terzi pone un duplice ordine di esigenze:
  a) Quello di far conoscere ai terzi che trattano con il consorzio tutti gli elementi necessari per il regolare svolgimento della loro attività con il consorzio;
  b) Quello di attribuire al consorzio un'autonomia patrimoniale, in modo che i terzi abbiano un fondo sul quale soddisfarsi per le obbligazioni assunte dal consorzio.

  A tali esigenze provvede la specifica disciplina dei consorzi con attività esterna, che impone una pubblicità del consorzio e sancisce la indisponibilità del fondo consortile da parte dei singoli consorziati per tutta la durata del consorzio.

La **pubblicità** si attua mediante deposito di un estratto del contratto presso l'ufficio del registro delle imprese per l'iscrizione.

Il deposito deve essere fatto a cura degli amministratori del consorzio entro trenta giorni dalla costituzione e l'estratto deve indicare: la denominazione; l'oggetto del consorzio; la sede dell'ufficio; il cognome e il nome dei consorziati; la durata del consorzio; le persone alle quali è attribuita la presidenza, la direzione e la rappresentanza del consorzio e i rispettivi poteri. Alle persone che hanno la presidenza o la direzione del consorzio spetta la rappresentanza nei confronti dei terzi, anche se la rappresentanza spetta ad altre persone.

L'art. 2614 prevede che il **fondo consortile** costituito dai contributi e dai beni acquistati con questi contributi, è destinato a garanzia delle obbligazioni assunte dal consorzio e costituisce la sola garanzia per i creditori del consorzio. Si permette così la creazione di una struttura organizzativa a responsabilità limitata fuori di qualsiasi procedimento formale e senza imporre un ammontare minimo del fondo.

Unica cautela è l'obbligo della redazione, a chiusura di ogni esercizio, di una situazione patrimoniale secondo i principi posti per il bilancio della società per azioni e la responsabilità penale degli amministratori nei casi di false comunicazioni.

Questa limitazione della responsabilità del consorzio per le obbligazioni consortili è in funzione del fatto che la sua attività è esercitata essenzialmente per conto e nell'interesse dei singoli consorziati, e che per questa attività alla garanzia apprestata dal fondo consortile si aggiunge la responsabilità dei singoli consorziati.
Particolari principi vigono per le **obbligazioni del consorzio per conto dei singoli consorziati**: in deroga ai principi generali, secondo cui l'agire per conto dovrebbe importare responsabilità del consorzio e inammissibilità da parte del terzo contraente di agire nei confronti dell'interessato, la legge prevede la responsabilità illimitata e solidale con il fondo consortile del singolo consorziato per le obbligazioni assunte per suo conto dagli organi del consorzio, stabilendo, per il caso di insolvenza del consorziato obbligato, la ripartizione del debito dell'insolvente tra tutti i consorziati in proporzione della rispettiva quota.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Questa disposizione, attraverso la quale si assomma la responsabilità del singolo consorziato con quella del consorzio, si giustifica soltanto avendo presente il funzionamento pratico del consorzio. Funzione del consorzio non è tanto quella di procurare agli imprenditori un acquirente dei loro prodotti o un fornitore delle materie prime loro necessarie, ma è quella di disciplinare gli acquisti e le vendite nell'interesse dei consorziati e secondo le pattuizioni contenute nel contratto. Data la sua funzione di regolatore delle vendite e degli acquisti male si attaglierebbero i principi propri del mandato senza rappresentanza o della commissione. Gli organi del consorzio svolgono piuttosto una attività materiale che giuridica, con il che appunto si spiega la responsabilità diretta del singolo consorziato nei confronti del terzo.

Consorzi costituiti sotto forma di società

Il consorzio può essere costituito anche in forma di società e in questo caso si parla di **società consortili**.

In un sistema che prevede come regime generale del consorzio la responsabilità limitata al fondo consortile, la società con oggetto consortile consente da un lato di utilizzare strutture organizzative ormai collaudate, e dall'altro di attribuire credibilità al consorzio attraverso l'assunzione di una responsabilità solidale ed illimitata da parte di tutti o taluni consorziati o attraverso lo spontaneo assoggettamento a quelle condizioni alle quali il codice civile subordina l'adozione del regime di responsabilità limitata.

La struttura organizzativa e il regime di responsabilità sono quelli propri della società. Rimane, come elemento differenziatore, la particolarità dell'oggetto: le società consortili non si propongono di realizzare attraverso l'organizzazione comune un'attività imprenditoriale, ma si propongono di disciplinare o di svolgere determinate fasi delle rispettive imprese: sicché la disciplina dettata con riferimento ai consorzi impronta necessariamente di per sé i rapporti con i contraenti e si sovrappone, sostituendola o integrandola, alla disciplina dei rapporti sociali.

Le differenze tra società e consorzio finiscono per diventare evanescenti quando si crea l'organizzazione comune per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. E ciò anche perché la creazione di società a questo fine non costituisce una novità: lo stesso codice civile prevede e regola le società per azioni con prestazioni accessorie che sono appunto destinate a coprire fenomeni similari. Permane una differenza di fondo:

- Nelle società con prestazioni accessorie vi è una impresa comune che viene ad essere creata e fornita delle materie prime da coloro che sono i produttori di queste;
- Nelle società consortili vi è solo un'organizzazione comune e l'attività che viene svolta attraverso di essa costituisce pur sempre una fase delle singole imprese consorziate e cioè un'attività che viene ad essere esercitata per conto di ciascuna di esse.

Ciò spiega perché, implicando la creazione dell'organizzazione comune dei costi, sia possibile prevedere, a differenza di quanto avviene nelle società, l'obbligo dei soci di versare **contributi in danaro** ulteriori e diversi rispetto ai conferimenti.

L'organizzazione comune che viene creata attraverso la società consortile rappresenta cioè uno strumento per la realizzazione di interessi propri di ciascun consorziato. Comune è l'organizzazione e la possibilità di avvalersene per le proprie esigenze, ma non è comune l'attività, che riguarderà di volta in volta quei consorziati che richiedono l'intervento del consorzio per risolvere i loro problemi individuali: ne risulta pertanto una situazione nella quale, anche se la struttura organizzativa è quella societaria, la disciplina è quella del consorzio.

Non solo infatti il passaggio da società consortile a società non consortile è qualificato in ogni caso come trasformazione, anche quindi in assenza di una modificazione della struttura organizzativa; ma siffatte trasformazioni sono sottoposte ad una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista per la trasformazione di società non consortile in consorzio.

Questo principio è già esplicitamente affermato nell'art. 2620 c.c., il quale espressamente estende la vigilanza da parte dell'autorità governativa ai consorzi costituiti in forma di società. Questo principio vale in tutte le ipotesi in cui si tratti di risolvere problemi di carattere sostanziale e non soltanto formale, e cioè problemi che attengono ai rapporti tra consorziati o ai rapporti tra consorziati e terzi (e non anche al funzionamento del meccanismo sociale e allo svolgimento di un'attività comune).

D'altra parte, se la pubblicità del contratto sociale e se la responsabilità per le obbligazioni del consorzio sono regolate dai principi in tema di società, anche nei consorzi costituiti sotto forma di società rimane applicabile l'art. 2615, comma 2: pertanto il singolo consorziato non potrebbe invocare il beneficio della limitazione della responsabilità, derivante dalla partecipazione alla società con scopi consortili, così come non potrebbero invocarlo gli altri soci, nel caso di insolvenza di lui.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il gruppo europeo di interesse economico

Su un piano sostanzialmente omogeneo col consorzio si pone la struttura organizzativa rappresentata dal **gruppo europeo di interesse economico** (GEIE), prevista dal Regolamento CEE n. 2137/85 e disciplinata nel d. lgs. n. 240/1991.

Se infatti la **funzione politica** dell'istituzione del GEIE, che deve essere composto da almeno due soggetti di differenti Stati membri, è quella di costituire uno strumento per la cooperazione tra operatori economici appartenenti a diversi Stati membri della Comunità europea, le finalità economiche si collocano all'interno di quelle per i consorzi.

Il fine del GEIE è infatti quello di "*agevolare o di sviluppare l'attività economica die suoi membri, di migliorare o di aumentare i risultati di questa attività*": esso perciò "*non ha lo scopo di realizzare profitti per sé stesso*", e "*la sua attività deve collegarsi all'attività economica dei suoi membri e può avere soltanto un carattere ausiliario rispetto a quest'ultima*".

La disciplina del GEIE si differenzia da quella del consorzio sotto molteplici aspetti:

- Tutti i membri del GEIE sono **solidalmente e illimitatamente responsabili** per ogni obbligazione del gruppo, ed è posto a loro carico l'**obbligo di contribuire** al saldo delle eccedenze delle uscite rispetto alle entrate nella produzione prevista dal contratto o in mancanza di parti uguali;

  Diversa è l'efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese del relativo contratto: mentre per quanto riguarda il consorzio si tratta di una pubblicità dichiarativa, quella prevista per il GEIE presenta un'efficacia costitutiva, con la conseguenza che per gli atti compiuti prima dell'iscrizione sono responsabili solidalmente e illimitatamente coloro che hanno agito.

- La **struttura organizzativa** del GEIE risulta maggiormente rigida e meno rimessa alle scelte contrattuali delle parti rispetto a quella del consorzio. Si prevedono sia un organo amministrativo, sia un'assemblea dei membri, e si precisa che del primo può far parte anche una persona giuridica la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato.

Ne risulta in sintesi una configurazione del GEIE come una forma di consorzio, la quale:

- Da un lato è utilizzabile per finalità più limitate di quanto previsto dall'art. 2602 c.c.;
- Dall'altro offre una serie più ampia di garanzie ai terzi che, pur implicando maggiori costi per i partecipanti, potrebbe essere meglio accolta dal mercato e risultare quindi più funzionale.

Le associazioni temporanee e i raggruppamenti di imprese

Le **associazioni temporanee** o **raggruppamenti di imprese** sono un fenomeno diffuso nella pratica, soprattutto in materia di concessione di ricerca e di coltivazione di idrocarburi e di appalti pubblici.

Si tratta di ipotesi nelle quali, pur essendo il contratto di concessione di ricerca o di coltivazione o il contratto di appalto contratti unitari e pur riguardando la ricerca, la coltivazione o l'opera nella sua unità, in essi è espressamente previsto che la loro esecuzione sia attuata da imprese diverse in relazione alla diversa natura dei lavori o in relazione alla diverse parti dell'opera, utilizzando le singole imprese nel settore in cui esse sono specializzate. Si mira a favorire l'unione di più operatori economici nel settore interessato.

Il fenomeno può assumere due distinti atteggiamenti:

a. Quello in cui le imprese assumono congiuntamente e solidalmente l'esecuzione dell'intera ricerca e coltivazione o dell'intera opera, con la conseguenza che la distribuzione dei vari compiti tra le imprese associate rimane un fatto puramente interno tra queste ultime e non rileva nei confronti dell'ente concedente o appaltante;
b. Quello in cui il contratto di concessione o di appalto viene stipulato con l'ente concedente o appaltante da una delle imprese associate, la c.d. impresa pilota o capogruppo, mentre le altre imprese rispondono sì solidalmente con l'impresa pilota nei confronti dell'ente concedente o appaltante, ma rispondono solo per i lavoro o le opere di loro pertinenza.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La prima ipotesi si verifica nel campo della ricerca di idrocarburi. Il permesso di ricerca può essere intestato a più soggetti persone fisiche o giuridiche, comprese le società per azioni, in possesso dei requisiti di legge, secondo quote indicate nelle domande di permesso. I contitolari rispondono egualmente in via solidale anche nei confronti dei terzi: essi debbono nominare un solo rappresentante per tutti i rapporti con l'amministrazione e con i terzi. La perdita dei requisiti di legge o il ritiro di uno o più titolari non comporta la revoca o la decadenza del permesso se gli altri contitolari assumono a loro carico la quota o le quote di colui o di coloro che sono venuti meno. Le quote possono essere cedute con l'autorizzazione del Ministero dell'industria, sentiti gli altri contitolari del permesso; la cessione senza autorizzazione è nulla.
La seconda ipotesi si verifica nel campo degli appalti di opere pubbliche. L'offerta delle imprese riunite determina la loro responsabilità solidale nei confronti dell'ente appaltante, delle imprese subappaltanti e dei fornitori.. il mandato dell'impresa capogruppo o mandataria è gratuito e irrevocabile. Il mandato non determina di per sé organizzazione delle imprese riunite. In caso di fallimento dell'impresa mandataria, la stazione appaltante ha facoltà di continuare il rapporto con altra impresa che sia costituita come mandataria ovvero di recedere dall'appalto; in caso di fallimento delle imprese mandanti l'impresa mandataria è tenuta all'esecuzione direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti.

Problemi delicati si pongono in queste ipotesi per quanto riguarda la qualificazione giuridica del fenomeno e indirettamente la posizione del gruppo nei riguardi di coloro che, come finanziatori o come fornitori della singola impresa, vantano crediti che trovano la loro causa nell'attività relativa all'esecuzione dell'opera.
In definitiva, ai fini della qualificazione giuridica del fenomeno, l'elementi decisivo sempre essere quello che, se vi è un affare comune, non vi è un'attività comune e un fondo comune.
Perciò il fenomeno può essere opportunamente inquadrato nella categoria delle società occasionali o *unius negotii*, le quali non sono società nel senso del codice.

I soli problemi che sorgono con riferimento all'affare comune sono quelli relativi alla responsabilità per le obbligazioni assunte nei confronti dell'altra parte e alla partecipazione ai risultati. Questi problemi si pongono pur sempre relativamente ai rapporti tra partecipanti, e l'accordo relativo, pur potendo assumere atteggiamenti diversi, non vale mai a porre in essere la situazione prevista nell'art. 2247 c.c.

Le reti di imprese

Ulteriore figura largamente omogenea al consorzio è quella del **contratto di rete**: si tratta dell'ipotesi in cui più imprenditori si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare, ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni, oppure ad esercitare in comune una o più attività, al fine di accrescere, individualmente e collettivamente, le propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato.
Il contratto è soggetto in parte ad **iscrizione** nella sezione del registro delle imprese presso cui risulta iscritta ciascuna delle parti, e produce effetti a partire dall'esecuzione dell'ultima di tali iscrizioni: si tratta pertanto di pubblicità dotata di valore costitutivo.

A tal fine, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare: le generalità di tutte le imprese partecipanti; gli obiettivi strategici; il programma di rete; la durata; le modalità di adesione di altri imprenditori; le regole per l'adozione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia di interesse comune; le eventuali cause di recesso; la disciplina applicabile alle modificazioni del programma di rete, qualora se ne preveda la modificabilità a maggioranza. Anche le modificazioni del contratto devono essere iscritte nel registro delle imprese.

Una specifica disciplina è dettata per l'ipotesi in cui il contratto prevede la nomina di un **organo comune**, incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole sue fasi o aspetti, e di svolgere, a tal fine, attività con i terzi, e la costituzione di un **fonda patrimoniale comune**: esso rappresenta l'unica garanzia delle obbligazioni assunte dall'organo comune in relazione al contratto di rete, mentre quelle contratte per conto dei singoli partecipanti sono sottoposte alle regole per le obbligazioni assunte dal consorzio per conto dei singoli consorziati.
La legge esclude espressamente che la rete rappresenti in quanto tale un autonomo soggetto di diritto: l'acquisto della **soggettività** giuridica è infatti subordinato all'iscrizione della rete nella sezione ordinaria del registro nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede.

La previsione del fondo patrimoniale e dell'organo comune arricchisce il contenuto del contratto di rete, che deve indicare altresì la sua denominazione e la misura e i criteri di valutazione degli apporti iniziali; le regole di gestione del fondo; le

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

generalità ed i poteri di gestione e di rappresentanza del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune e le regole relative alla sua eventuale sostituzione.
Nel caso in cui la reta abbia acquisito la soggettività giuridica, si richiede inoltre la redazione di una situazione patrimoniale, in conformità con quanto previsto per il bilancio di un esercizio della società per azioni, da depositare presso l'ufficio del registro delle imprese entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio.

Tale figura non individua un tipo contrattuale dotato di propria autonomia, ma una funzione che può essere assolta con differenti strumenti giuridici.
Al di là delle formule deve riconoscersi, almeno in via di principio, nella rete di imprese una variante interna alla figura del consorzio, che si caratterizza per le sue specifiche finalità. Essa è utilizzabile anche nel settore agricolo e nel settore turistico.

Sono proprio le finalità del contratto di rete a giustificare la regola secondo cui, salvo che sia diversamente disposto nel contratto, il potere di rappresentanza dell'organo comune si estende a quello di rappresentare le imprese aderenti in procedure di programmazione negoziata con pubbliche amministrazioni e in quelle inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito o all'internazionalizzazione, all'innovazione, e alla promozione dei prodotti e dei marchi di qualità o dei quali sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo VII
L'azienda

Nozione giuridica

L'azienda costituisce, nel sistema del codice, l'altro aspetto fondamentale dell'impresa economica.
L'**art. 2555** c.c. definisce l'**azienda** come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.
L'attività dell'imprenditore si realizza mediante la combinazione dei beni in funzione di uno scopo produttivo, e l'elemento teleologico assume una decisiva rilevanza per la nozione giuridica di azienda, nel senso che tutti i beni sono destinati ad una funzione economica.
La legge stessa pone l'azienda nell'ambito delle cose complesse o meglio nell'ambito delle combinazioni di cose, considera cioè l'azienda un aggregato di beni, i quali conservano la loro individualità, ma subiscono una unificazione in conseguenza dell'unitarietà della loro destinazione economica.
La nozione giuridica di azienda è, nel sistema del codice, una **nozione derivata**: essa presuppone quella di impresa, della quale costituisce lo strumento. Se non vi è impresa, non vi è azienda in senso tecnico e non si applicano i particolari principi che per essa sono posti.

Perciò i requisiti di forma e pubblicità per il trasferimento di azienda sono riferite dalla legge alle imprese soggette a registrazione, e perciò si precisa che il divieto di concorrenza si applica al trasferimento delle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela.
Perciò, ancora, l'avvenuto ampliamento della nozione formale di impresa soggetta a registrazione, con la creazione di sezioni speciali per i piccoli imprenditori, non vale a superare la differenza di situazioni sostanziali: in questi casi la pubblicità svolge un ruolo solamente di pubblicità notizia ed anagrafica e che non tanto rileva il fatto di per sé del trasferimento di azienda, quanto quello della cessazione e del connesso avvio di un'attività produttiva.

L'azienda si presenta come un'entità una e plurima. L'unità della funzione economica determina una unificazione, da un punto di vista giuridico dei diversi beni che questa funzione realizzano. Ma l'unificazione trova nell'unità della funzione, oltre che il presupposto, anche il limite.
L'unificazione sussiste soltanto nei limiti della destinazione funzionale, e cioè in quanto questa destinazione permanga e in quanto i beni vengano in considerazione nella loro posizione funzionale: al di là di questi limiti, il collegamento non sussiste e rimane la pluralità dei beni.

Punto nevralgico della teoria dell'azienda consiste nella difficoltà fissare il rapporto tra complesso aziendale e singoli elementi. Il collegamento economico dei vari beni dipende dalla volontà dell'imprenditore, il quale li destina ad una funzione unitaria, e su questa volontà si basano gli effetti giuridici che al collegamento economico sono connessi. L'azienda rientra nelle *universitates facti* e si pone sullo stesso piano con le universalità di mobili, anche se da queste si differenzia per la eterogeneità degli elementi da cui risulta. Il principio unificatore è identico, soltanto gli elementi sono diversi e appunto per questo l'azienda è considerata separatamente.

L'unità funzionale del complesso aziendale ha una rilevanza giuridica sotto diversi aspetti.
Il collegamento dei beni in funzione di uno scopo produttivo ha un valore economico in sé e per sé, indipendentemente dal valore dei singoli beni su cui si attua: valore economico che si designa come avviamento dell'azienda e che trova espresso riconoscimento nella legge, che si preoccupa addirittura di dettare i criteri per la sua valutazione in bilancio all'art. 2426 c.c.
L'avviamento non è un nuovo bene, ma il **valore economico del collegamento**. Si parla quindi di esso non come un modo di essere o di una qualità dell'azienda, piuttosto che di un suo elemento.

L'avviamento ha:

- Un fondamento soggettivo in quanto è inerente alle capacità dell'imprenditore;
- Un fondamento oggettivo in quanto è inerente agli elementi dell'azienda e talora anche alla particolare situazione locale in cui l'attività si esplica.

La sua tutela si attua attraverso la tutela dell'attività organizzativa dell'imprenditore (repressione della concorrenza sleale), o attraverso la tutela dei segni distintivi e, in sede di cessione dell'azienda o del suo godimento, attraverso l'imposizione al cedente dell'obbligo di non concorrenza.

Il complesso aziendale ha una sua **produttività**: il prodotto dell'azienda non è il prodotto dei singoli beni di cui risulta, ma è il prodotto del complesso aziendale e cioè il risultato della destinazione funzionale

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

della pluralità dei beni collegati. Per questo, per realizzare il valore di siffatto prodotto, la legge individua nella vendita dell'azienda una delle modalità privilegiate di liquidazione del patrimonio fallimentare.
Pertanto rispetto all'azienda la nozione di **frutto** assume un contenuto suo proprio e diverso da quello che tale nozione assume con riferimento ai beni singoli.
Così pure le nozioni di **possesso**, di **godimento**, di **amministrazione** e di **custodia** assumono un significato particolare, dovendo riferirsi al complesso, non anche ai singoli beni.
La stessa **conservazione** dell'azienda non significa conservazione dei beni singoli, ma significa conservazione della capacità funzionale e della produttività del complesso aziendale: il che normalmente è possibile soltanto mediante la disposizione e il rinnovamento dei singoli elementi.
L'usufruttuario deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione economica e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte. Del resto miglioramenti e danni possono sussistere anche quando i singoli elementi siano rimasti gli stessi: il mancato esercizio dell'azienda costituisce danno talmente grave da rappresentare addirittura causa di decadenza dall'usufrutto, appunto perché, pur non toccando i beni singoli, tocca la funzionalità del complesso aziendale.
L'unità funzionale ha rilievo sotto altro aspetto: quello per cui i beni non possono essere sottratti, se non per volontà dell'imprenditore, alla loro destinazione funzionale (e può addirittura essere eliminato il complesso aziendale, solo per volontà di lui).
L'azienda risulta **formata** da una pluralità di beni eterogenei, di beni mobili o immobili, di beni materiali o immateriali. Non è necessario che questi beni siano tutti di proprietà dell'imprenditore; è sufficiente che egli ne abbia anche il solo **godimento**. Tutti questi beni sono destinati ad uno **scopo produttivo unitario** e trovano in questo il loro collegamento economico.
Soltanto con riferimento alla destinazione economica è possibile fare una graduazione di importanza dei singoli beni e distinguere beni principali e beni accessori. Con il variare della destinazione economica varia anche la posizione rispettiva dei singoli beni.
In tutti i casi però la **posizione dei singoli** beni non va determinata con riferimento alla natura del bene, ma con riferimento al rilievo che essi assumono per l'attuazione dello scopo produttivo al quale il complesso è destinato.

Distinzione che normalmente sule farsi nel complesso aziendale è quella tra capitale fisso e capitale circolante:

- **Capitale fisso**: complesso dei beni che, avendo carattere strumentale rispetto al processo produttivo, trovano una destinazione duratura nel complesso aziendale (impianti, arredamenti, macchinari, brevetti ecc.),
- **Capitale circolante**: complesso di beni che si consumano durante il processo produttivo o nelle singole operazioni commerciali, e sono destinati a rinnovarsi continuamente (merci, materie prime o semilavorate, prodotti finiti).

La distinzione rileva sia dal punto di vista economico che giuridico. Nel caso di usufrutto di azienda e in godimento di azienda altrui, diverso è il potere dell'usufruttuario o del possessore in ordine ai beni così distinti. Infatti rispetto al capitale fisso, è sottratto ad entrambi ogni potere di disposizione, limitandosi il loro diritto al godimento; rispetto al capitale circolante il potere di disposizione è insito nel diritto di godimento, e la conservazione della sostanza si attua attraverso la reintegrazione delle scorte, delle materie prime, delle merci, resa obbligatoria dalla legge (art.2561 c.c.).
La distinzione è di centrale rilevanza anche in materia di bilancio: nello stato patrimoniale si distinguono le immobilizzazioni, ossia gli elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente, dall'attivo circolante.

Gli atti di disposizione dell'azienda

L'**azienda** come tale, cioè nella sua posizione funzionale, può formare oggetto di disposizione, così come possono formare oggetto di disposizione separata i singoli beni di cui l'azienda si compone.
Lo stabilire quando ci si trovi di fronte ad un atto di disposizione dell'azienda e quando invece di fronte alla disposizione dei singoli elementi di essa non sempre agevole è in pratica.
Spesso la disposizione del complesso aziendale risulta dalla stessa terminologia usata, ma di disposizione dell'azienda come tale deve parlarsi anche se nel contratto siano stati dedotti tutti gli elementi che costituiscono il complesso aziendale o la parte essenziale di essi. Ciò che conta è che questi elementi siano considerati in contratto nel loro collegamento funzionale (come strumento di attività produttiva).

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Si ha disposizione dell'azienda ogni volta che del complesso dei beni aziendali si dispone per la continuazione dell'attività imprenditrice da parte di altro soggetto. In tali ipotesi si parla di successione nell'impresa, ma giuridicamente si ha la cessazione dell'attività imprenditrice da parte di un soggetto e inizio di tale attività da parte di un altro soggetto.

Gli atti di disposizione dell'azienda hanno, sotto determinati aspetti, una disciplina giuridica propria. Essi possono assumere rilievo:

- Quando l'acquisto avviene ad opera di altra impresa, per il loro significato di **concentrazione**, a seconda che comportino l'acquisto di una posizione dominante nel mercato interno (art. 5, l. n. 287/1990) oppure assumono una dimensione comunitaria (art. Reg. CE n. 139/2004);
- Sul piano delle relazioni industriale, e richiedono una preventiva comunicazione alle rappresentanze sindacali ed un obbligo di esame congiunto con esse;
- In considerazione della funzione strumentale dell'azienda stessa.

Quest'ultimo aspetto non esclude l'applicazione delle norme che riguardano i singoli elementi di cui l'azienda si compone, ma queste norme si applicano soltanto in quanto non siano incompatibili con la disciplina propria dell'azienda.

Es. → *Nel caso di affitto di azienda, anche se tra gli elementi dell'azienda vi sia un immobile, non si applica, rispetto a questo, la proroga legale della locazione. Si applicano invece le norme che riguardano il regime di circolazione dei singoli beni (art. 2556 c.c.).*

Principi particolari sono posti in ordine **alla prova e alla pubblicità,** e in ordine **agli effetti sostanziali** dell'atto.

- Gli atti di trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda debbono essere provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme richieste per il trasferimento dei singoli beni che la compongono o per la particolare natura del contratto;
- Essi debbono inoltre essere iscritti nel registro delle imprese, a cura del notaio rogante o autenticante l'atto di trasferimento. (art. 2556 c.c.). Questo è un requisito formale richiesto *ad probationem,* e il valore della pubblicità rimane dichiarativo.

L'obbligo di non concorrenza e la successione nei contratti

Gli atti di trasferimento dell'azienda producono due ordini di effetti naturali:

a. L'obbligo dell'alienante di astenersi da un'attività imprenditrice idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta (art. 2557 c.c.);
b. La successione *ipso iure* da parte dell'acquirente nei contratti in corso di esecuzione relativi all'azienda. (art. 2558 c.c.)

Si tratta soltanto di **effetti naturali**, i quali possono essere eliminati mediante una espressa pattuizione, ma che trovano un fondamento nella posizione strumentale dell'azienda rispetto all'impresa.

Il complesso aziendale ha valore in quanto strumento di una attività produttiva e in vista della realizzazione di un risultato produttivo: è pertanto necessario che questo valore non sia sottratto dall'alienante attraverso l'esercizio di un'attività concorrente la quale possa importare uno sviamento della clientela, ed è necessario che l'acquirente possa avvalersi di tutti quei rapporti contrattuali indispensabili per il funzionamento dell'organizzazione aziendale.

A. Il **divieto di concorrenza** incombe per legge all'art. 2557 c.c. all'alienante nei confronti dell'acquirente, nonché al titolare dell'azienda nei confronti dell'usufruttuario o dell'affittuario.
   Pur essendo il divieto di concorrenza un effetto naturale di un diverso negozio, esso è regolato in conformità ai principi fissati nell'art. 2596 c.c. in ordine ai patti di non concorrenza. La limitazione della libertà dell'obbligato deve essere contenuta entro certi limiti:
   - **Temporali**: limite massimo per il caso di alienazione è 5 anni; nel caso di usufrutto o di affitto, la durata dell'usufrutto o dell'affitto;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- **Spaziali**: il divieto si estende all'ambito territoriale entro il quale è possibile un'effettiva concorrenza; tuttavia, i limiti possono essere ampliati.

Il divieto di concorrenza sussiste tanto nelle ipotesi di vendita volontaria, quanto in quelle di vendita forzata e di vendita fallimentare; per contro, non può affermarsi rispetto a negozi che abbiano natura diversa dall'alienazione.

Il divieto di concorrenza importa che non possa esercitarsi un'impresa idonea a determinare lo **sviamento della clientela dell'azienda ceduta**: quando questa idoneità sussista, deve ritenersi vietato anche l'esercizio di un'impresa a mezzo di prestanome o per conto altrui, e di un'impresa relativamente ad una azienda acquistata, dopo l'alienazione della prima. È dubbio se l'alienazione dell'azienda sociale da parte della società importi nella società di persone divieto di concorrenza anche a carico dei singoli soci, e se uguale effetto debba ammettersi nell'ipotesi di alienazione di una quota di comproprietà o di alienazione di quota sociale.

La **violazione** del divieto importa le normali conseguenze di ogni inadempimento contrattuale:

- Risarcimento del danno;
- Eventuale risoluzione del contratto.

L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di non fare non può trovare applicazione, né è prevista la possibilità di chiedere l'inibitoria, essendosi fuori dal campo della concorrenza sleale.

B. La **successione automatica nei rapporti contrattuali**, prevista nell'art. 2558 c.c., riguarda i contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa che non abbiano carattere strettamente personale e si attua indipendentemente dal consenso o dall'autorizzazione del contraente ceduto.

Si deve trattare di contratti **in corso di esecuzione**, e cioè di contratti destinati a produrre ancora i loro effetti caratteristici, e che siano obiettivamente inerenti o pertinenti all'esercizio dell'impresa. Vi rientrano così tanto gli atti in cui si concreta l'esercizio dell'impresa, quanto quelli che attengono alla sua organizzazione.

Sono invece esclusi tutti quei contratti che per la loro natura o in virtù di particolari clausole sono da considerare *intuitu personae*.

La deroga all'art. 1406 c.c., che regola la cessione dei contratti, non è tuttavia portata alla conseguenza estrema di imporre all'altro contraente la sostituzione di una persona ad un'altra nel rapporto contrattuale: il terzo contraente, nei rapporti nei quali si attua *ope legis* la successione, ha la **facoltà di recedere** dal contratto, quando ricorra una **giusta causa**, entro **tre mesi** dalla notizia dell'alienazione.

La dichiarazione di recesso non ha l'effetto di impedire la successione dell'acquirente nel rapporto contrattuale, in quanto si realizza automaticamente, solo che il terzo contraente ha il potere di eliminare gli effetti attraverso il recesso dal contratto. Giusta causa del recesso si determina ogni volta che si verifica un mutamento nella situazione tale che il terzo contraente non avrebbe stipulato il contratto o lo avrebbe stipulato a condizioni diverse.

Effetto del recesso è quello dello **scioglimento del contratto**; siccome la modificazione della situazione obiettiva è ricollegabile alla volontà dell'alienante, la legge fa salvo al terzo contraente il diritto di chiedere il risarcimento del danno all'alienante.

Il recesso deve essere dichiarato sotto pena di decadenza entro tre mesi dalla comunicazione della notizia dell'alienazione dell'azienda; naturalmente il diritto di recesso non può essere esercitato quando il terzo contraente abbia espressamente o tacitamente consentito alla sostituzione.

Sorte dei debiti e dei crediti

Al trasferimento dell'azienda o del godimento di essa possono riconnettersi la **cessione dei crediti** o l'**accollo dei debiti** inerenti all'azienda stessa. Tuttavia cessione e accollo non sono effetti legali del trasferimento dell'azienda o del suo godimento, ma sono conseguenza di particolari pattuizioni in questo senso stipulate in occasione del trasferimento.

La legge infatti si limita nell'art. 2559 a porre nei confronti dei terzi l'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese come equipollente della notificazione della cessione dei **crediti** al debitore ceduto o della sua accettazione, precisando tuttavia che costui è liberato se paga in buona fede all'alienante.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Da questa disposizione può quindi desumersi la non necessità della notificazione ai singoli debitori perché la cessione dei crediti, quando sia pattuita, acquisti efficacia nei confronti dei terzi.

- Manca la possibilità di far derivare dal trasferimento dell'azienda come effetto legale la **cessione dei crediti**;
- Altrettanto deve dirsi per quanto riguarda i **debiti**: anche per questi non vi è disposizione alcuna dalla quale possa desumersi l'accollo dei debiti da parte dell'acquirente.

L'art. 2560 si limita a ribadire il carattere cumulativo e non privativo dell'accollo, con la conseguenza che, anche in caso di accollo, l'alienante non è liberato dai debiti relativi all'azienda ceduta anteriori al trasferimento in assenza del consenso dei creditori; e a porre a carico dell'**acquirente** una **responsabilità solidale** con l'alienante per i debiti risultanti dai libri contabili obbligatori.

La norma si disinteressa cioè completamente di regolare i rapporti tra le parti per preoccuparsi unicamente della posizione dei terzi.

Appunto a tutela dei terzi si impone all'acquirente una **responsabilità**, non un obbligo, alla stessa stregua di quanto dispone l'art. 2112 c.c. per i debiti derivanti dai rapporti di lavoro:

- Si vuole evitare che i diritti dei terzi possano essere pregiudicati nel caso in cui venga dismesso il complesso aziendale;
- Oltre all'obbligo dell'alienante si aggiunge la responsabilità dell'acquirente in qualunque modo siano stati regolati i rapporti tra le parti.

Con la conseguenza che l'acquirente, pur in mancanza di accollo dei debiti, sarà tenuto a pagare i creditori dell'alienante che si trovino nelle condizioni previste dalla legge, salvo il diritto di ripetere dall'alienante le somme pagate.

Naturalmente questa responsabilità potrà anche indurre l'acquirente all'accollo dei debiti aziendali, ma l'accollo è l'effetto della volontà e non la conseguenza del trasferimento d'azienda. Affinché l'accollo si determini è necessario che ci sia una manifestazione di volontà. Ed anche quando la volontà di accollo sussista, i debiti che passano sono soltanto quelli che l'acquirente ha dichiarato di voler assumere, non anche i debiti che comunque siano inerenti all'azienda.

La responsabilità dell'acquirente sussiste:

- Per i debiti risultanti dai libri contabili obbligatori;
- Per i debiti risultanti dai rapporti di lavoro;
- In base alle leggi speciali, per i debiti di imposta.

Non occorre, invece, che i libri contabili obbligatori siano anche regolarmente tenuti; è sufficiente, perché la responsabilità dell'acquirente sorga, che il debito **risulti** da quei determinati libri. L'irregolare tenuta potrà anche importare che dai libri obbligatori *non risultino* tutti i debiti aziendali o che risultino debiti inesistenti ma, se il debito risulta, l'acquirente deve preoccuparsene: soltanto nell'ipotesi in cui i libri contabili obbligatori non siano stati tenuti, manca la possibilità di far valere una responsabilità per l'acquirente, non sussistendone il necessario presupposto.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Parte seconda
L'esercizio collettivo dell'impresa

Capitolo I
Concetti generali

La società come forma di esercizio collettivo dell'impresa

La **società** è una forma di esercizio collettivo dell'impresa. La struttura giuridica della società si adegua alle esigenze del fenomeno che ricopre e da questo riceve i connotati essenziali:

- Alla organizzazione economica posta in funzione di uno scopo produttivo *corrisponde* l'organizzazione giuridica dei soggetti che perseguono questo scopo e dei beni che a questo scopo sono destinati;
- All'azione esterna dell'impresa e alla sua esteriorizzazione *corrisponde* l'efficacia esterna dell'organizzazione sociale.

Nei precedenti codici il sistema era imperniato sulla contrapposizione tra società civile e società di commercio:

- **La società civile** era un contratto, i cui effetti si producevano nei rapporti tra soci, attribuendo loro determinati diritti e imponendo loro determinati obblighi. Essendo un contratto, la sua efficacia era *inter partes* e non nei confronti dei terzi; l'azione sociale era l'azione propria del socio che agiva e importava esclusivamente la responsabilità personale di lui, a meno che il socio non agisse come mandatario degli altri;
- **Le società di commercio** erano "enti collettivi distinti dalle persone dei soci" (art. 76 codice del commercio). L'elemento organizzativo si aggiungeva a quello negoziale, e la disciplina della società si poneva prevalentemente in funzione dei rapporti tra organizzazione sociale e terzi.

Nel sistema attuale, eliminatasi, attraverso l'unificazione legislativa, la base sulla quale la contrapposizione si impiantava, e affermatasi, attraverso il collegamento della società all'impresa, una identità del substrato materiale, la società, anche se dal contratto trae origine, non è mai solo un contratto. Essa è una **organizzazione di persone e di beni per il raggiungimento di uno scopo produttivo**, che non sempre assurge a persona giuridica ma in ogni caso **assume una propria autonomia** rispetto:

- Ai soci che l'hanno creata;
- Ai loro patrimoni.

Conseguenza immediata del collegamento della società all'impresa è che, quando l'esercizio dell'impresa è subordinato a determinate autorizzazioni amministrative, **l'autorizzazione** può assumere il significato di condizione per la costituzione della società (art. 2329, n. 3, c.c.), oppure di requisito per l'inizio effettivo dell'attività sociale.

La nozione giuridica di società: elemento negoziale ed elemento organizzativo

I due elementi dai quali risulta la nozione giuridica di società sono: l'elemento *negoziale* e l'elemento *organizzativo*:

- L'**elemento negoziale**: sotto tale profilo, la nozione di società è necessariamente unitaria;
- L'**elemento organizzativo**: sotto tale profilo, invece, la nozione varia a seconda degli atteggiamenti concreti che l'organizzazione assume.

Ciò spiega come nel sistema del codice la regolamentazione si ponga non in funzione del fenomeno astratto di società, bensì in funzione di tipi concreti e determinati di organizzazioni sociali, ciascuno dei quali ha caratteristiche proprie. Non esiste una nozione generale, ma esistono tipi differenziati di società, che hanno come elemento unificatore il negozio giuridico che è alla base dell'organizzazione stessa.
La distinzione tra i due elementi, negoziale e organizzativo, spiega anche la possibilità che il secondo conservi identici i propri caratteri a prescindere dall'eventuale diverso atteggiarsi del primo: come avviene in particolare nell'ipotesi di società costituita con atto unilaterale (che si caratterizza solo sul piano negoziale e non anche su quello organizzativo).

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La società come contratto: principi generali.

In via di principio, non vi è dubbio che alla base della società vi sia un **contratto**, e precisamente un **contratto plurilaterale**. La precedente discussione circa la natura dell'atto costitutivo della società è stata superata grazie alla formulazione dell'art. 2247 c.c. ("Contratto di società") e alla recezione nel sistema del codice della categoria dei contratti plurilaterali il cui paradigma è il contratto di società:

- Come **contratto**, il negozio costitutivo della società è soggetto alla disciplina generale in tema di contratti per quanto riguarda la capacità delle parti, i requisiti, l'interpretazione e gli effetti;
- Come **contratto plurilaterale**, esso è soggetto alle disposizioni degli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c. Da ciò deriva che l'invalidità del vincolo di una parte non importa l'invalidità dell'intero contratto né l'inadempimento di una parte o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una parte importa la risoluzione, se non nel caso in cui la partecipazione o la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale per la realizzazione dello scopo comune.

Nel contratto di società, vi è interdipendenza tra le obbligazioni solo in quanto tutte le obbligazioni sono assunte in funzione del raggiungimento dello scopo prefisso. L'obbligazione del socio non costituisce il corrispettivo dell'obbligazione degli altri, ma queste insieme costituiscono il mezzo per la realizzazione dello scopo comune. Il corrispettivo dell'obbligazione assunta da ciascun socio è il vantaggio che ognuno di essi trae dalla realizzazione dello scopo comune.

È necessario risolvere i problemi relativi ai rapporti che sussistono tra partecipazione di un socio e la partecipazione degli altri anche al di fuori delle ipotesi legislativamente considerate:

- Ai sensi dell'art. 1460 c.c. il socio non può rifiutare l'adempimento della propria obbligazione se non in quanto attraverso l'inadempimento dell'altro socio si sia determinata la impossibilità del raggiungimento dello scopo comune;
- Il contratto di società non viene meno per effetto dell'uscita di un socio dalla società (morte, recesso, esclusione) se non quando il raggiungimento dello scopo comune sia compromesso.

Requisiti essenziali del contratto di società

L'art. **2247** c.c. disciplina il **contratto di società**, sancendo che:

Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

Da tale disposizione si evincono i **requisiti** che caratterizzano la società:

1. Il **conferimento**;
2. L'**esercizio in comune di un'attività economica**;
3. La **divisione degli utili**.

Dunque:

1. La società non può esistere senza la costituzione di un **fondo sociale** (che può avere varie situazioni giuridiche, ma la sua esistenza è presupposto necessario di ciascun tipo). Il fondo sociale è costituito mediante il conferimento dei soci. Senza conferimento non vi è né contratto di società, né acquisto della qualità di socio.
   Oggetto del conferimento possono essere beni o servizi. È una formula ampia, tale da ricomprendere ogni bene suscettibile di valutazione economica, o la prestazione di una determinata attività o del suo risultato. Non è necessario che il conferimento sia in denaro, né che avvenga in un'unica soluzione: possono essere conferiti crediti o altri beni, o l'uso di questi o la propria attività lavorativa. Una limitazione nell'oggetto del conferimento può derivare dalla particolarità del tipo di società prescelto (ad es. in materia di società di capitali).
   Il conferimento consiste semplicemente nell'**assunzione dell'obbligazione di dare o di fare**. Esso può essere determinato nel contratto o meno:
   a. Se è determinato, il socio è obbligato al conferimento assunto, e soltanto a questo: se infatti i conferimenti risultino insufficienti o siano andati perduti, egli non è tenuto a nuovi conferimenti né alla reintegrazione di quelli iniziali (art. 2253 c.c.), e ciò anche quando il

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

contratto sociale può essere modificato dalla maggioranza e non si possono imporre al socio nuovi obblighi senza il suo consenso.

La determinazione del conferimento *è richiesta* per le società:

i. In nome collettivo (art. 2295 c.c.);
ii. In accomandita semplice (art. 2315 c.c.);
iii. Per azioni (art. 2328 c.c.);
iv. In accomandita per azioni (art. 2454 c.c.);
v. A responsabilità limitata (art. 2463 c.c.);
vi. Cooperative (art. 2521 c.c.).

b. Se la determinazione manca, il conferimento **deve essere fatto in denaro** (artt. 2342 e 2464 c.c.), e se non sussiste nel contratto alcun elemento per la sua determinazione, i soci sono tenuti a conferire in parti uguali quanto è necessario per la realizzazione dello scopo comune (art. 2253, comma 2). Presunzione su cui si basa la legge in mancanza di volontà espressa è che, se le parti hanno inteso realizzare un dato fine, si presume abbiano inteso apprestare i mezzi per realizzarlo. La valutazione dei mezzi deve essere fatta con riferimento al momento del contratto. Nessuna presunzione sussiste in ordine all'oggetto del conferimento: le cose conferite in natura dovranno ritenersi conferite in proprietà od uso, tenuto conto della volontà delle parti.

La **natura** della prestazione, oggetto del conferimento, è rilevante nella disciplina giuridica del conferimento: in mancanza di espressa disposizione essa deve ricavarsi dalle norme del tipo contrattuale, di cui la prestazione è richiamata.

Se si conferisce la proprietà, la disciplina si trae dalle norme sulla vendita; se si conferisce un credito, dalle norme sulla cessione dei crediti; se si conferisce l'uso di una cosa, dalle norme sulla locazione di cose).

Normalmente per i conferimenti in natura deve essere indicato nel contratto sociale anche il valore ad essi attribuito o il modo di valutazione. Per le società di capitali è richiesta una perizia giurata che attesti l'effettività del valore attribuito al bene, e per le società per azioni un controllo da parte degli amministratori. Negli altri tipi di società tale valutazione è rimessa ai soci.

Nella società semplice una valutazione non è espressamente richiesta, ma in alcune disposizioni viene presupposta:

- Art. 2263 c.c.: se la valutazione del conferimento non è stata fatta nel contratto sociale, per ciò che riguarda la partizione degli utili e delle perdite, questa deve attuarsi in parti uguali;
- Art 2282 c.c.: Per ciò che riguarda il rimborso dei conferimenti all'atto della liquidazione, la valutazione va fatta con riferimento al momento in cui il conferimento fu eseguito.

2. La società è una forma di **esercizio collettivo di un'attività economica**: società di esercizio quindi, non società di semplice godimento; società particolare, non società universale. Inoltre, l'**esercizio in comune** deve riguardare un'**attività economica**.

Non rientrano pertanto nel concetto di società.

a. I contratti posti in essere per lo svolgimento di un'attività culturale, politica, religiosa, assistenziale, e ciò anche se nel contratto sia previsto un obbligo di conferimento o la creazione di un fondo comune;
b. I contratti posti in essere per il godimento in comune di un bene o per l'esercizio di un'attività non economica o per scopi consortili.

Tuttavia, in pratica si adotta la forma della società per azioni per la realizzazione di scopi non propri della società (es. società immobiliari, società costituite per scopi consortili, associazioni di carattere culturale, circoli di divertimento). In queste ipotesi sussiste la forma (organizzazione giuridica) della società ma non la sostanza (l'elemento funzionale).

L'esercizio dell'attività deve attuarsi **in comune**. Alla comunanza dei mezzi, la legge aggiunge come requisito essenziale la **comunanza dell'attività**. È necessario che il risultato economico sia perseguito congiuntamente. Comunanza dell'attività non è solo comunanza di risultato, ma anche comunanza della volontà dell'atto.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La comunanza dell'attività si rivela nel momento **deliberativo**, in quanto al socio spetta il potere di determinare l'attività sociale, e nel momento **esecutivo**, nel senso che l'attività, ossia i suoi risultati sia positivi che negativi, riguardano tutti i soci.
Il riferimento all'esercizio in comune di un'attività economica fa sì che siano estranee alla nozione di società le cc.dd. **società occasionali**, quelle cioè che sono costituite per il compimento in comune di un singolo atto.

Nella terminologia legislativa esercizio di attività economica non equivale a compimento di un atto singolo. La disciplina giuridica delle società, ossia le norme che prevedono la pubblicità legale, quelle che ne regolano l'amministrazione e che ne disciplinano la liquidazione, contiene presupposti e principi che si giustificano solo con organismi destinati a operare nel tempo. Il collegamento della società all'impresa e la ricomprensione di essa sotto la categoria degli imprenditori consentono di escludere le società occasionali dall'ambito della nozione di società.

3. Terzo requisito essenziale è la **divisione degli utili**. Ponendo questo requisito, la legge individua l'interesse specifico che il socio personalmente intende realizzare attraverso la partecipazione alla società (la funzione individuale del contratto). Si tratta di uno **scopo egoistico**, in particolare di uno **scopo economico qualificato**, quello di realizzare un utile.
L'essenzialità di questo requisito deve essere intesa nel senso che l'attività economica da esercitare in comune deve avere la capacità di produrre nuova ricchezza e questa spetta necessariamente ai soci (ciò si verifica mediante il collegamento della società all'impresa).
L'essenzialità di questo requisito non significa neppure che la gestione dell'impresa sociale debba essere ispirata esclusivamente al principio di redditività e non possa assumere atteggiamenti diversi che non solo tengano conto del principio di socialità, ma anche eventualmente di esigenze diverse, purché si rimanga nell'ambito dei criteri di economicità.

Ad es., la c.d. *società benefit* è una società azionaria che persegue, accanto allo scopo della divisione degli utili, "una o più finalità di beneficio comune", attraverso una gestione volta al bilanciamento tra l'interesse dei soci e quello di coloro sui quali l'attività è in grado di incidere.

L'espressione "**divisione degli utili**" non va intesa alla lettera, nel senso che gli utili debbano essere realizzati dalla società e poi ripartiti tra i soci. All'essenza della società attiene soltanto che l'utile consegua all'esercizio collettivo dell'impresa e che a questo utile il socio effettivamente partecipi, comunque siano fissati in contratto criteri e modalità di partecipazione.
In realtà, il riferimento nell'art.2247 c.c. ad una divisione degli utili riguarda ciò che si verifica nella normalità delle volte e talora è conseguenza necessaria del tipo di società prescelto. Ciò dipende da ragioni di ordine pratico:

a. Quando alla partecipazione sociale non corrisponda altro rapporto tra società e socio, soltanto sulla base della partecipazione sociale i soci possono conseguire gli utili derivanti dall'esercizio dell'impresa;
b. Quando vi è una duplicità di rapporti (accanto ad un rapporto sociale vi è un rapporto diverso), la partecipazione all'utile derivante dall'esercizio dell'impresa può attuarsi sulla base dell'uno o dell'altro rapporto (ciò accade, ad es., nelle società per azioni con prestazioni accessorie e nelle società cooperative).

Si ha quindi società anche quando il socio ricavi dall'attività sociale utili **direttamente** e **immediatamente** e non per il tramite della società. Così si ha società anche quando il guadagno di ciascun socio consista nella realizzazione di un prezzo superiore attraverso la vendita dei prodotti per il tramite della società o nel pagamento di un prezzo inferiore nell'acquisto delle merci per il tramite della società (es. cooperative).
Porre come requisito essenziale la divisione degli utili significa affermare che il risultato dell'attività sociale deve andare a beneficio di **tutti** i soci e non di alcuni soltanto. Alla comunanza dei mezzi e dell'attività deve corrispondere la **comunanza dei risultati**: non è consentita l'esclusione di un socio dagli utili.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il **principio fondamentale** è che la partecipazione agli utili sia proporzionale ai conferimenti, ma il contratto sociale può stabilire diversamente.
Unico limite è quello posto dal **divieto del c.d. patto leonino**, e cioè del patto per effetto del quale il socio sia escluso da ogni partecipazione agli utili o alle perdite (art. 2265 c.c.). ovviamente il divieto non concerne solo un'esclusione assoluta dalla partecipazione agli utili. Cadono sotto tale divieto le ipotesi in cui la partecipazione sia addirittura irrisoria o quelle in cui costituisca una mera possibilità e sia praticamente irrealizzabile.

La partecipazione del socio alle perdite non è prevista dalla nozione legislativa del contratto di società ma è prevista in singole disposizioni come contropartita della partecipazione agli utili. La partecipazione alle perdite non rientra nella struttura essenziale del contratto di società e il divieto del patto che esclude il socio da ogni partecipazione alle perdite trova il suo fondamento in considerazioni di ordine morale e politico.

Società e istituti affini: società e comunione

A seguito dello stretto collegamento all'impresa, la nozione di società ha assunto un contenuto preciso e più ristretto rispetto a quello accolto nei codici precedenti. Da ciò ne è derivata una **netta distinzione** in particolare rispetto alla **comunione** e alla **associazione in partecipazione**.
La **differenziazione** tra società e comunione:

- Prima si poneva sul fatto che la comunione era voluta per un determinato scopo e non subita, cioè che si trattava di una comunione contrattuale e non incidentale;
- Ora si pone sul fatto che oggetto della società *è l'esercizio di un'attività economica a scopo speculativo*, mentre l'oggetto della comunione, anche quando ha origini contrattuali, è *il godimento dei beni* secondo la loro destinazione economica.

Le comunioni contrattuali di godimento non sono società, mentre si trasformano necessariamente in società **le comunioni incidentali di guadagno.** La legge espressamente distingue tra comunione di azienda e società e prevede la trasformazione (c.d. eterogenea) di società di capitali in comunione di azienda e viceversa. E così si differenziano le ipotesi in cui l'azienda sia oggetto di godimento comune (es. perché data in affitto ad altri), oppure strumento per l'esercizio in comune dell'impresa.
Es. se per effetto di successione ereditaria o per acquisto fatto in comune, un azienda viene ad avere più titolari, e i coeredi o coacquirenti non si limitano al suo godimento, ma esercitano in comune l'attività imprenditoriale, dalla comunione incidentale sorgerebbe una società: e ciò comporta che alla comunione incidentale si sostituisce (tacitamente) la società.

La società è una organizzazione attiva e si propone la realizzazione di un **guadagno** (non del mero godimento dei frutti). La nozione di guadagno si contrappone a quella di frutto:

- Il **frutto** presuppone un'attività *produttiva* e si ricava dal godimento dei beni secondo la loro destinazione economica;
- Il **guadagno** presuppone un'attività *speculativa*, della quale l'attività di produzione costituisce soltanto un momento, e sta rispetto ad essa in un rapporto di mezzo a fine, in quanto essa si pone in funzione dei bisogni del mercato, non è fine a sé stessa.

Tali criteri di distinzione tra società e comunione, generalmente condivisi, parrebbero messi in discussione per effetto dell'art. 177, comma 1, lett. d, e comma 2, c.c., che comprende tra i beni che formano *oggetto* della comunione legale tra coniugi:

- Le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio;
- Gli utili e gli incrementi di aziende gestite da entrambi i coniugi se l'azienda apparteneva ad uno dei due coniugi anteriormente al matrimonio.

Conseguenza di ciò è che tra società e comunione si inserisce come fenomeno intermedio una comunione di impresa, la *comunione coniugale di impresa,* che trova fondamento nella legge e sorge per effetto dell'essere l'**attività economica esercitata da entrambi i coniugi**.

Si tratta di un fenomeno marginale che è ipotizzabile soltanto quando lo svolgimento in comune dell'attività economica non sia stato già regolato pattiziamente dai coniugi e che, presupponendo la gestione diretta e contemporanea di entrambi i coniugi, è realizzabile esclusivamente nell'ambito della piccola impresa.
Titolo della comunione di azienda è costituito dall'esercizio di entrambi i coniugi dell'attività economica; se questa attività comune non c'è, non si rientra nelle previsioni dell'art. 177 c.c. ma in quelle dell'art. 178.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Né sembra possibile considerare l'impresa coniugale come un fenomeno misto (società per quanto attiene all'esercizio in comune dell'impresa e comunione per quanto riguarda l'azienda).

L'impresa coniugale è un istituto di **diritto familiare,** non di diritto patrimoniale come le società e la comunione: come istituto di diritto familiare:

- Non solo risente, sia per quanto riguarda la struttura che per quanto riguarda la funzione, della particolarità dell'ambiente in cui si realizza;
- Ma rispetto ad esso non sono applicabili quei criteri di differenziazione che sono posti per gli istituti di diritto patrimoniale.

In tale ambito infatti rileva il *principio di parità tra coniugi* anche in ordine ai risultati economici che sono conseguenza dell'attività di entrambi e *l'interesse della famiglia.* Trattandosi di un istituto di diritto familiare, perfettamente si spiega la sua disciplina. Di impresa coniugale si può parlare solo in quanto ci si trovi di fronte ad una attività economica esercitata di fatto da entrambi i coniugi e non riconducibile a un previo accordo tra gli stessi.

Nella categoria delle **comunioni contrattuali di godimento** va collocata la c.d. **società di armamento**, regolata dagli artt. 278-286 cod. nav., assoggettata ad una disciplina particolare ed essenzialmente diversa da quella posta per la società civile.

- Oggetto della società di armamento è l'esercizio della nave da parte dei comproprietari di essa;
- Nessun rilievo assume la circostanza che l'esercizio della nave si attui a scopo economico o ad altri scopi (scientifici, di diporto, ecc.);
- Funzione della costituzione della società di armamento è quella di consentire l'assunzione della veste di armatore da parte dei comproprietari della nave e di regolare contrattualmente i rapporti tra questi in ordine all'esercizio di essa;
- Non possono far parte di tale società persone diverse dai comproprietari, e la società può essere costituita anche con deliberazione della sola maggioranza dei comproprietari (caratisti) e con effetto anche per i comproprietari dissenzienti (art. 278 cod. nav.).

Questa partecipazione automatica dei caratisti dissenzienti alla gestione diretta della nave si giustifica in ordine ai principi della comunione che rendono vincolanti per questi le deliberazioni prese dalla maggioranza nell'amministrazione della cosa comune (art. 1105 c.c.). La società di armamento trova nella comunione la sua matrice, la sua essenza e i suoi limiti, e costituisce un modo con il quale si fissa la posizione di ciascuno in ordine alla gestione della nave. Questa posizione può anche essere diversa da quella che corrisponde alla quota di proprietà di ciascuno, in quanto si può stabilire contrattualmente una quota di interesse rispetto alla gestione del bene comune diversa dalla quota di comproprietà.

Tuttavia la società di armamento trova nell'esercizio della nave, cioè nel godimento della cosa comune secondo la sua destinazione economica, il suo **limite insuperabile**:

- Se l'esercizio della nave deve essere un mezzo per l'esercizio di un'attività imprenditrice, manca ogni possibilità da parte della maggioranza di vincolare la minoranza dissenziente;
- Nel caso in cui tutti siano d'accordo nel gestire l'impresa, il contratto avrebbe l'effetto di costituire la società di armamento e di far sorgere, accanto ad essa, una società vera e propria, la cui disciplina deve ricavarsi dalle norme del codice civile.

I numerosi tentativi di inquadrare la società di armamento nel fenomeno delle società, non riescono a dare una giustificazione convincente delle diverse disposizioni legislative.

In definitiva si afferma che è diverso il campo di applicazione in ordine alle norme del codice civile relative alla società e quelle del codice della navigazione relative alla società di armamento:

- Le une riguardano l'esercizio in comune di una impresa economica;
- Le altre l'esercizio in comune di una nave.

Società e associazione in partecipazione

La puntualizzazione della nozione di società sull'esercizio **collettivo** dell'impresa comporta il distacco da essa di altri istituti che, pur rispondendo alla stessa esigenza pratica (collaborazione patrimoniale per il perseguimento di un lucro attraverso l'esercizio di un'attività economica), la realizzano secondo modalità diverse. In particolare si differenzia dall'**associazione in partecipazione**:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- In altri ordinamenti, l'associazione in partecipazione viene ricondotta nella nozione di società;
- Nel nostro ordinamento, essa rappresenta un contratto diverso ed autonomo.

L'associazione in partecipazione è un contratto con cui una parte, l'**associante**, attribuisce all'altra, l'**associato**, una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto che, nel caso in cui l'associato sia una persona finisca, non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro (art. 2549 c.c.).

Nell'associazione in partecipazione si ha soltanto una **comunanza dei risultati**, che non viene perseguita mediante un'attività ed un'organizzazione comune. L'attività imprenditoriale è di pertinenza esclusiva dell'associante, e all'associato spetta solo un potere di controllo a tutela della sua partecipazione. Tutto si riduce ad un **rapporto contrattuale**, per effetto del quale in corrispettivo dell'apporto viene riconosciuta all'associato una determinata partecipazione agli utili.

Nel caso in cui non dovesse essere agevole distinguere le due ipotesi di società e di associazione in partecipazione, è necessario effettuare una differenziazione sulla base di indici sintomatici fondati sul criterio della comunanza dell'organizzazione e dell'attività che è caratteristica della società e non si verifica invece nell'altra ipotesi:

- Si tratta di **società**, anche se esternamente non appare, quando l'azione esterna, pur essendo attuata da una sola persona, è determinata dalla cooperazione di tutti i partecipanti, e quando i beni attraverso i quali si opera , nonostante l'intestazione o il possesso, sono considerati di proprietà comune. Si applicano i principi propri della società;
- Si tratta di **associazione in partecipazione** quando l'azione è pertinenza di un solo partecipante e quando, per effetto dell'apporto, l'altro partecipante acquista un diritto di partecipazione ai risultati di un'attività che resta esclusivamente individuale.

Pur non essendo società, anche l'associazione in partecipazione è un **contratto di collaborazione** (e cioè un contratto associativo, non un contratto di scambio): esso realizza la collaborazione tra due o più persone in un dato campo per il conseguimento di un **risultato comune**.

Alcuni aspetti di rilievo della disciplina sono i seguenti:

- L'associato partecipa alle perdite oltre che agli utili della gestione, pur soltanto nei limiti dell'apporto (art. 2553 c.c.);
- L'estensione ad altri partecipanti richiede il consenso dei precedenti associati (art. 2550 c.c.).

Il consenso è richiesto in quanto l'ingresso di un nuovo partecipante importa la modificazione dell'originario rapporto in quanto determina che la collaborazione si attua tra persone diverse da quelle originarie.

Inoltre, l'apporto costituisce un **mezzo per lo svolgimento** di quell'attività da cui la realizzazione del risultato dipende. Questo, unitamente al divieto per l'associato persona fisica di eseguire a titolo di apporto una prestazione lavorativa, assume rilevanza per distinguere l'associazione in partecipazione dai **contratti parziari**, nei quali viene assicurata come corrispettivo o come elemento del corrispettivo una determinata partecipazione agli utili.

La legge regola, accanto all'associazione in partecipazione, alcuni contratti parziari, a questa affini, in quanto presentano taluni degli elementi essenziali di questo contratto, e li sottopone in parte alla medesima disciplina (art. 2554 c.c.). Essi sono:

1. Il contratto di cointeressenza agli utili di una impresa senza partecipazione alle perdite. Trova applicazione nei rapporti di finanziamento.
   - **Analogia**: gestore e titolare dell'impresa, cioè unico responsabile nei confronti dei terzi, è colui che concede l'interessenza, mentre il cointeressato ha gli stessi diritti di controllo e rendiconto dell'associato.
   - **Differenza**: il cointeressato ha diritto alla restituzione integrale dell'apporto, anche nella ipotesi di perdita.
2. Il contratto o il patto di partecipazione agli utili concluso con i prestatori di lavoro. La partecipazione agli utili può rappresentare la totalità o la parte della remunerazione dovuta. Ove gli utili non valgano ad integrare i minimi di retribuzione della categoria, questi saranno comunque dovuti.
3. Il contratto di compartecipazione agli utili e alle perdite di un'impresa senza alcun apporto. Contratto che o è diretto a creare una comunione di interessi tra due imprese, per lo più tra loro concorrenti, e serve a ripartire le alee e in questo caso la partecipazione è reciproca; o tende a realizzare gli stessi scopi dell'associazione in partecipazione con semplice obbligazione di sopportare le perdite ove si siano verificate.

La **gestione** dell'impresa o dell'affare è di pertinenza esclusiva dell'associante. L'iniziativa economica è rimessa alla sua determinazione e su di lui esclusivamente ricade la responsabilità per gli atti compiuti.

L'associato può svolgere attività nell'impresa dell'associante, in quanto quest'ultimo gli può delegare i suoi poteri e lo può preporre all'esercizio dell'impresa.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Pur spettando la gestione dell'impresa all'associante, essa si attua **anche per conto dell'associato**. Nella gestione, l'**associante**:

- Dovrà osservare la normale diligenza del mandatario;
- Non potrà distrarre senza il consenso dell'associato i beni aziendali dalla loro destinazione;
- Dovrà consentire i controlli e dare le informazioni previste nel contratto.

All'**associato** spetta esclusivamente il diritto al **rendiconto** dell'affare o della gestione dell'impresa. Il contratto potrà prevedere un controllo più pregnante e continuo dell'associato sull'impresa esercitata dall'associante (art. 2252, comma 2, c.c.)

- Il rendiconto deve essere dato ad affare compiuto o annualmente se la gestione dell'affare o dell'impresa si protrae per più di un anno (comma 3). Se riguarda un'impresa, il rendiconto annuale coinciderà con la chiusura dell'esercizio;
- La parte dell'associato negli utili e nelle perdite è quella stabilita dal contratto e normalmente la misura della partecipazione alle perdite è corrispondente a quella della partecipazione agli utili.

Le parti possono modificare queste proporzioni entro limiti determinati. È esclusa la validità del patto che esclude l'associato da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, o in cui la partecipazione alle perdite superi l'apporto. In mancanza di patto contrario, il diritto agli utili sorge in conseguenza del rendiconto e della sua approvazione.

La legge non stabilisce le **cause di scioglimento** dell'associazione in partecipazione. Pertanto è necessario rifarsi ai principi che regolano i contratti associativi. Rientrano tra le cause di scioglimento:

- Il compimento dell'affare o la realizzazione dell'oggetto dell'associazione;
- L'impossibilità di compiere l'affare o di conseguire l'oggetto dell'associazione;
- La scadenza del termine ove l'associazione sia stata contratta a tempo determinato;
- Il recesso, previo congruo preavviso, nel contratto a tempo indeterminato;
- Il fallimento dell'associante (non anche quello dell'associato);
- Il recesso per giusta causa.

Allo scioglimento dell'associazione in partecipazione non consegue, come nella società, uno stadio di liquidazione, perché l'associazione non è un'entità giuridica soggettivamente ed oggettivamente autonoma, e quindi manca ogni possibilità di una liquidazione in senso tecnico.
In conseguenza dello scioglimento del contratto dovranno essere definiti i rapporti tra associato ed associante, e l'associato avrà diritto alla **restituzione dell'apporto** (o meglio: del suo valore corrispondente), aumentato degli utili o diminuito delle perdite. In mancanza di patto contrario, l'associato ha diritto all'attribuzione di una somma di denaro corrispondente al valore sua quota.

Società interne e società occulte. La società apparente

Il collegamento della società all'impresa pone il problema dell'ammissibilità delle cc.dd. **società interne** e delle **società occulte** (o non manifeste):

A. **Società interne** sono quelle in cui l'oggetto si esaurisce nel regolamento dei *rapporti tra soci* (ripartizione delle spese di produzione, cointeressenza), sì che un'azione esterna della società non è prevista. Manca la possibilità di riferirsi ad un'*attività comune*. Il che non necessariamente esclude ogni possibilità di applicazione analogica di talune disposizioni e in particolare delle norme che attengono al regolamento tra soci;
B. **Società occulte** sono quelle che si propongono sì l'esercizio di un'attività economica esterna, ma esercitandola non sotto una ragione sociale, ma sotto il nome di un socio o di un estraneo, sì che l'impresa, che nella realtà è sociale, si presenta all'esterno come un'impresa individuale. Nonostante ciò, esse rientrano nella nozione di società posta dall'art. 2247 c.c.
   L'esteriorizzazione dell'azione sociale non è requisito essenziale della società nella nozione dell'art. 2247. Vi è pertanto società anche quando i soci intendano attuare la loro attività comune attraverso l'ausilio di una persona che tale attività svolge all'esterno in proprio nome.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Ammesso ciò, sorge il **problema** dell'ammissibilità e delle conseguenze dello sdoppiamento che si determina nei **rapporti interni** e **rapporti esterni**: l'impresa è sociale nei rapporti interni e individuale nei rapporti esterni.

Il problema si pone quando la società occulta diviene palese, quando cioè l'impresa che si presenta come individuale si rileva come impresa sociale. Il problema è quello di stabilire se quella responsabilità che grava sui soci per le obbligazioni della società nelle società palesi, debba gravare anche sui soci della società occulta quando questa si riveli. Per arrivare all'affermazione della **responsabilità dei soci della società occulta** è necessario far leva sulla distinzione tra: agire per mezzo di altri e agire sotto il nome altrui. È la stessa distinzione posta a fondamento della responsabilità dell'imprenditore occulto: infatti la società occulta occupa la stessa posizione di quest'ultimo, mentre colui (socio o estraneo) per mezzo del quale la società agisce assume la posizione dell'imprenditore palese (il prestanome). Fin quando la società rimane occulta, quest'ultimo risponderà nei confronti dei terzi, è tenuto alle obbligazioni assunte dalla società per suo tramite e ha diritto a rivalersi sulla società ove le abbia eseguite. Una volta divenuta palese, la società può agire direttamente e può essere perseguita.

C. La **società apparente** è un fenomeno in certo senso inverso a quello della società occulta, in quanto vi è l'esteriorizzazione di un rapporto sociale che in realtà non sussiste.
   a. Là vi è un'impresa individuale che nella sua azione esterna si presenta come individuale;
   b. Qui vi è una impresa individuale che nella sua azione estera appare come sociale, o meglio, in funzione delle sue modalità di svolgimento dà l'impressione di essere riferibile a una società.

Si avrebbe la società apparente quando più soggetti, pur non essendo legati da alcun contratto sociale, operano esternamente in modo da ingenerare nei terzi il convincimento che essi agiscano come soci (e quindi in modo da determinare nei terzi stessi il legittimo affidamento all'esistenza di una società e sulla conseguente responsabilità dei soci apparenti).
Tale figura appare di difficile accettabilità alla stregua dei principi in tema di società e alla stregua dei principi dell'apparenza e della tutela di coloro che hanno fatto affidamento sulla realtà di una situazione soltanto apparente.

La società come organizzazione: differenziazione in tipi

La società si differenzia in tipi esattamente individuati e caratterizzati: manca nel codice uno schema di generale società.
La disciplina legislativa si esaurisce nella previsione di una pluralità di tipi differenziati, avente ciascuno proprie caratteristiche, in modo da consentire alle singole organizzazioni economiche di scegliere la forma giuridica che si presenti più idonea. La legge tiene conto delle diverse esigenze organizzative delle imprese che operano sul mercato, e di quelle che invece si propongono uno scopo mutualistico, cioè che dedichino la loro attività esterna ai loro soci; prevede pertanto strutture di tipo chiuso e di tipo aperto.

- Tra le **società a struttura chiusa** i tipi sono:
  - Società in nome collettivo;
  - Società in accomandita semplice;
  - Società per azioni;
  - Società in accomandita per azioni;
  - Società semplice;
  - Società a responsabilità limitata.
- Nelle **società a struttura aperta** (e cioè nelle società cooperative) l'organizzazione giuridica è quella della società per azioni: se la società non supera determinati limiti dimensionali si può adottare la disciplina della società a responsabilità limitata (art. 2519 c.c.).

Il tipo, nel fenomeno societario, riguarda l'aspetto organizzativo, l'azione di gruppo, la sua organizzazione e i suoi risultati: riguarda cioè i poteri, i rischi e la responsabilità. I connotati essenziali della struttura organizzativa di gruppo sono fissati dalla legge, anche se possono, entro certi limiti, essere influenzati dal contratto.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I tipi di società costituiscono un **numero chiuso**, sì che il problema delle società atipiche deve risolversi negativamente: si può scegliere tra i vari tipi di organizzazione previsti dalla legge, ma non possono crearsi tipi nuovi e neppure possono essere modificati o soppressi i connotati che di ciascun tipo sono caratterizzanti. Da ciò derivano diverse conseguenze:

- Non sono ammessi tipi diversi da quelli espressamente regolati;
- Gli effetti di ciascun tipo si determinano soltanto in quanto si pongano in essere i presupposti legali del tipo stesso. Il regolamento legale può anche essere modificato purché le modificazioni non tocchino gli elementi essenziali e non siano incompatibili con il tipo prescelto.

La **scelta** del tipo di società è rimessa alla volontà delle parti che le società pongono in essere. Una sola limitazione generale sussiste all'applicazione di questo principio e riguarda le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'**attività commerciale**. Queste società debbono necessariamente costituirsi secondo il tipo della società in nome collettivo o in accomandita (semplice o per azioni) o per azioni o a responsabilità limitata e non possono assumere il tipo di società semplice.

Per le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività che non può essere qualificata come commerciale, la legge lascia piena libertà in ordine alla scelta dello schema organizzativo, consentendo la costituzione, oltre che in forma di società semplice, anche secondo uno dei tipi previsti per le società commerciali, e prevedendo che, in tutte le ipotesi in cui la società non rientri in uno di questi tipi, essa sia regolata dalle norme sulla società semplice.

Non è ammissibile una società semplice costituita per l'esercizio di un'attività commerciale. Se i soci non manifestano la volontà di costituire la società secondo altri tipi, la società che non abbia per oggetto una attività commerciale è una società semplice; ove vi sia la volontà, la società è soggetta alla disciplina del tipo adottato, ma è necessario porre in essere i presupposti formali richiesti per la sua costituzione.

L'oggetto della società è rilevante in ordine alla scelta del tipo.

Tipi di società e tipi di organizzazione

I diversi tipi di società si differenziano in funzione:

- Della **organizzazione interna** della società;
- Del diverso regime di **responsabilità** dei soci per le **obbligazioni sociali**.

Come elemento fondamentale di differenziazione dei vari tipi, il codice vigente voleva porre con le sue definizioni la diversa responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali. Tuttavia, l'elemento della responsabilità, anche se assume rilevanza nei rapporti con i terzi ed è influente nella organizzazione giuridica della società, non vale a caratterizzare i singoli tipi di società dal punto di vista organizzativo. Infatti l'organizzazione giuridica può essere analoga (come nella società in nome collettivo e la società in accomandita semplice), pur essendo diverso il regime di responsabilità, o viceversa.

Il sistema del codice si impernia sulla contrapposizione di due modelli essenzialmente diversi di organizzazioni sociali. La contrapposizione si basa sulla diversa posizione che l'elemento personale o l'elemento patrimoniale assumono nella organizzazione giuridica della società:

- Le società organizzate su base personale, o **società di persone** (società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice) sono organizzate giuridicamente in funzione delle persone dei soci: la posizione del socio nella società, e cioè i suoi diritti e poteri, sono attribuiti in funzione della persona e inerenti a questa, con la conseguenza che possono essere gli stessi pur potendo essere diversa la partecipazione di ciascun socio, o viceversa;
- Le società organizzate su base capitalistica, o **società di capitali** (società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata), è organizzata giuridicamente in funzione della quota di partecipazione di ciascun socio: i suoi diritti e poteri sono attribuiti in funzione della quota di partecipazione e sono a questa inerenti. A quote di partecipazione uguali, corrispondono diritti e poteri uguali; a quote diverse diritti e poteri diversi.

In questo quadro si colloca la **società a responsabilità limitata**: essa, seppure società organizzata su base capitalistica (e annoverata tra le società di capitali), presenta una disciplina legale in gran parte derogabile, a tal punto da permettere ai soci di configurare la sua organizzazione in termini personalistici.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nella società per azioni una distinzione dei diritti dei soci richiede la creazione di diverse categorie di azioni, e quindi di essere puntualizzata oggettivamente sulla partecipazione sociale, mentre nella società a responsabilità limitata ciò non è consentito ed è ammessa, al contrario, l'attribuzione di particolari diritti a singoli soci.

La distinzione tra società di persone e società di capitali riguarda i caratteri dell'organizzazione quali risultanti dal **modello legale**. Elemento distintivo in ogni caso è il diverso modo di organizzazione giuridica dei soggetti e dei beni, che può rivelarsi:

- In una autonomia patrimoniale in funzione della destinazione dei beni ad uno scopo, e in una autonomia della volontà dipendente dalla contrapposizione del singolo al gruppo;
- O invece può raggiungere la perfezione massima attraverso il riconoscimento alla società della personalità giuridica.

Nell'ambito delle società vi è quella dualità di strutture organizzative prevista per le associazioni: accanto a società persone giuridiche, vi sono società non riconosciute come tali. La personalità giuridica è riconosciuta alle società di capitali, mentre, è formalmente negata per le società di persone: l'una è una collettività organizzata all'interno della quale i rapporti interni di gruppo rimangono intersoggettivi tra soci, mentre l'altra è una persona giuridica, nella quale i rapporti interni di gruppo si pongono come rapporti tra soci e la società persona giuridica. Per quanto riguarda i rapporti esterni tale rilevanza della personalità giuridica si riduce sensibilmente.

Queste considerazioni spiegano perché sia possibile organizzare la trattazione dei diversi tipi societari raggruppandoli a seconda se organizzati:

- Su base personale, nel qual caso il prototipo è rappresentato dalla società semplice;
- Su base capitalistica, il cui prototipo è la società per azioni.

Le società estere e la società europea

Le **società costituite all'estero**, essendo sorte in un ordinamento diverso da quello italiano, possono essere organizzate secondo uno dei tipi previsti nell'ordinamento italiano o secondo un tipo diverso.
In linea di principio, la legge n. 218 del 1995 afferma che le società e gli altri enti sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione (art.25). Tuttavia, la legge dispone che nel caso in cui la società costituita all'estero operi **stabilmente** nel territorio dello Stato, essa non possa sottrarsi alla disciplina posta nel codice per le società costituite nel territorio dello Stato. Al riguardo, è necessario distinguere due ipotesi:

1. Nel caso in cui essa svolga l'attività sociale essenzialmente in Italia, ove è posta la **sede dell'amministrazione** o l'**oggetto principale** della società, la legge assoggetta integralmente quest'ultima alla disciplina italiana, per quanto riguarda lo svolgimento di tale attività, le modalità organizzative e i procedimenti di costituzione ed estinzione. Non sono ammessi quindi tipi di società diversi da quelli previsti dal codice, e debbono sussistere tutti i presupposti che, secondo la legge italiana, sono necessari per il tipo di società prescelto (art. 25, l. n. 218 del 1995);
2. Nel caso in cui l'attività sociale della società costituita all'estero si svolga **anche** in Italia, dove vi è la **sede secondaria**, il processo di costituzione è affidato alla legge straniera, e la legge ne riconosce l'efficacia nel territorio dello Stato alla costituzione secondo la legge estera anche se il tipo di società che ne risulta non è previsto dalla disciplina italiana, ma assoggetta tale società alle norme stabilite per la società per azioni sia per quanto riguarda la pubblicità nel registro dell'imprese, sia per quanto attiene alla responsabilità degli amministratori (art. 2509 c.c.).

Nei rapporti con i terzi le risultanze della pubblicità attuata in Italia prevalgono rispetto a quelle eventualmente difformi della pubblicità realizzata nello Stato ove è situata la sede principale della società.
La mancata osservanza di suddette formalità importa responsabilità illimitata e solidale di coloro che agiscono per conto della società. Anche per le società costituite all'estero si applicano, per quanto riguarda l'attività svolta nel territorio dello Stato, le disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che lo subordinano a particolari condizioni.

La disciplina in tema di società estere risente per una parte rilevante dei vincoli derivanti all'appartenenza all'**Unione Europea**. In particolare rilevano:

- Il diritto di stabilimento riconosciuto dal Trattato FUE (artt. 49 e seguenti);
- I principi dell'ordinamento comunitario.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Secondo l'art. 2507 c.c., la disciplina delle società costituite all'estero deve essere applicata ed interpretata in osservanza di tali principi, valutando se, nei rapporti interni all'Unione Europea, i criteri utilizzati dal legislatore per l'individuazione della legge applicabile alle società rappresentino un ostacolo al diritto di stabilimento ed alla libera circolazione.
Al fine di agevolare la cooperazione e l'attività transfrontaliera dell'imprese nell'ambito dell'Unione, è stato adottato il Regolamento CE n. 2157/2001, relativo allo statuto della **Società Europea (SE)**, integrato dalla Direttiva 2001/86/CE, attuata con D.lgs. n.188 del 2005: ciò fornisce un nuovo modello societario destinato alle attività transfrontaliere. Si tratta di uno strumento utilizzabile:

- Solo da parte delle imprese che operano in almeno due Stati membri;
- Che siano costituite in forma di società per azioni.

Sono previste una pluralità di tecniche per la loro costituzione: mediante fusione, creando una SE affiliata a condizione che l'operazione riguardi almeno due società aventi sede in differenti Stati membri; mediante trasformazione di una società nazionale, ma a condizione che essa abbia da almeno due anni una filiale in un altro Stato membro. Ed è possibile che una SE costituisca, con atto unilaterale, un'altra SE affiliata.

La relativa disciplina risulta da una combinazione tra:

- **Norme di fonte comunitaria** (quelle contenute nel Regolamento CE n. 2157/2001);
- **Norme statali** (quelle dell'ordinamento dello Stato ove la società pone la sua sede).

L'art. 9 del Regolamento CE prevede una gerarchia delle fonti normative: le SE è disciplinata in primo luogo da tale Regolamento e successivamente, in ordine graduato, dalle clausole statuarie che esso espressamente consente, poi dalle norme statali adottate in applicazione del Regolamento, ancora dalla disciplina generale per le società vigente nello Stato della sede della SE ed infine dalle clausole statuarie da quest'ultima ammesse.

Tale disciplina impedisce di qualificare la SE come società soltanto di diritto europeo o soltanto di diritto nazionale. Infatti il Regolamento in questione lascia la competenza ai singoli Stati membri in ordine a temi di importanza centrale concernenti il capitale e la sua tutela, le azioni e le obbligazioni, la responsabilità degli amministratori e il funzionamento dell'assemblea. Si tratta di uno strumento volto ad agevolare la libertà di stabilimento e a consentire la scelta dell'ordinamento ove si ritenga più conveniente porre la sede della società.

Analogo modello, destinato alle iniziative transfrontaliere di natura mutualistica, è previsto dal Regolamento CE n. 1435/2003, relativo allo statuto della **Società Cooperativa Europea (SCE)**.

Le società sportive. Le società di professionisti

La circostanza che la società debba essere intesa anche per il suo significato organizzativo, e che esso sia pensabile anche autonomamente rispetto a quello contrattuale e funzionale, spiega perché in molti campi si manifesta la tendenza ad utilizzarla come modello appunto organizzativo pur per finalità non coincidenti con quelle previste dall'art. 2247 c.c.

A. Ciò avviene, per indicare un settore di particolare importanza economico-sociale, con le **società sportive**, regolate dalla l. n. 91 del 1981, che si caratterizzano per significative modificazioni della disciplina codicistica riguardanti:
    a. La **posizione dei soci**, perché si impone che, in base ad un'apposita clausola dell'atto costitutivo, una quota (non inferiore al 10%) degli utili sia destinata a scuole giovanili di addestramento e formazione tecnico-sportiva. (art. 10, comma 3, l. n. 91/1981);
    b. La **struttura organizzativa**, sotto il profilo della disciplina del controllo:
        i. Da un alto, allo scopo di garantire il regolare svolgimento dei campionati sportivi, al sistema dei controlli previsti nel codice civile si aggiunge un sistema di controlli da parte delle federazioni sportive, per delega del Coni e secondo modalità e principi da questo approvati, in ordine alla verifica dell'equilibrio finanziario;
        ii. Dall'altro, si modifica la stessa disciplina codicistica del controllo proprio del tipo di società prescelta, estendendo alle federazioni sportive nazionali la legittimazione a proporre denuncia al tribunale (art.2409 c.c.) e in particolare, per

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

quanto attiene alle società professionistiche costituite in forma di società a responsabilità limitata, si prevede la loro soggezione al controllo giudiziario, e l'obbligatorietà della nomina del collegio sindacale (in deroga all'art. 2477 c.c.).

Lo scopo sportivo di queste società impronta di sé l'intera struttura organizzativa e condiziona la gestione della società e la sua esistenza. L'ordinamento sportivo incide nelle varie fasi in modo determinante: in sede di costituzione, l'affiliazione da parte di una o più federazioni sportive nazionali costituisce una fase dell'*iter* procedimentale e un presupposto per la costituzione della società. Il deposito presso la federazione sportiva affiliante dell'atto costitutivo iscritto nel registro delle imprese costituisce il presupposto affinché l'affiliazione produca i suoi effetti e la società sportiva possa iniziare la sua attività.

B. D'altra parte, si è posto il problema della loro utilizzazione per l'esercizio delle **attività professionali**, in particolare per le professioni liberali. Rilevano in proposito:
   a. Il tema dei rapporti fra tali attività e la nozione di impresa;
   b. La questione della compatibilità fra le caratteristiche dell'attività professionale e quelle dell'attività economica esercitata ai sensi dell'art. 2247 c.c.

I principi informatori dell'ordinamento societario puntualizzano sugli amministratori i poteri e le responsabilità inerenti all'azione sociale; quelli dell'ordinamento delle professioni liberali sono invece che chi esercita una professione intellettuale:
   a. Deve eseguire personalmente l'incarico assunto e, anche se si avvale di ausiliari, sotto la sua direzione e responsabilità (art.2232 c.c.);
   b. Deve ricevere un compenso proporzionato all'importanza dell'opera e al decoro della professione (art. 2233 c.c.).

Questi sono principi essenziali che non possono essere compromessi, cosa che accadrebbe se alla società di professionisti si applicasse l'ordinamento generale della società, in quanto, in funzione della comunione di interessi patrimoniali, degrada la posizione dei singoli soci e toglie la loro autonomia.

D'altra parte anche per le professioni si avverte l'esigenza di uno strumento attraverso il quale si riesca a svolgere più proficuamente l'attività professionale e a conservare la redditività e quel valore economico che potrebbero perdersi nell'esercizio individuale della professione.

Allo stato, la materia è in via generale regolata, con riguardo all'esercizio di attività professionali che richiedono l'iscrizione in un ordine, dall'art. 10 della l. n. 183/2011, e dal regolamento di attuazione adottato con D.M. n. 34 del 2013.

Tale disciplina consente l'utilizzazione di tutti i tipi di società anche al fine di esercitare queste professioni, senza eludere il requisito di iscrizione nell'albo professionale e di assicurare al cliente la possibilità di scelta del professionista che presterà la sua opera. Garantito ciò, non vi sono ostacoli ad ammettere società multidisciplinari e la partecipazione alla società di professionisti anche di soci con finalità di investimento (soci di capitali).

Si richiede quindi che:
- L'oggetto della *società tra professionisti* sia costituito in via esclusiva dall'esercizio da parte dei soci di una o più attività professionali;
- Che la denominazione sociale contenga l'indicazione di società tra professionisti.

Inoltre si prevede, a pena di scioglimento:
- Che il numero e la partecipazione al capitale dei soci professionisti sia tale da determinare la maggioranza, ai fini dell'adozione delle deliberazioni o delle decisioni dei soci, di almeno i due terzi;
- Che l'atto costitutivo preveda modalità e criteri per assicurare che la prestazione professionale sia eseguita solo dai soci professionisti in possesso dei requisiti per l'esercizio della relativa professione;
- Che la designazione del singolo professionista sia effettuata dal cliente o a costui previamente comunicata per iscritto.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo II
Le società di persone

Premesse

Ambito della categoria e differenziazione dei vari tipi

La categoria delle società organizzate su base personale risulta comprensiva:

- Della società semplice;
- Della società in nome collettivo;
- Della società in accomandita semplice.

A. La **società semplice** è il tipo più elementare di società. Precisamente, è un tipo di società:
   - Creato per l'esercizio di un'attività economica, che non sia qualificata dalla legge come commerciale ai sensi dell'art 2195 c.c. (art. 2249 c.c.).
     Il campo tipico di applicazione della società semplice è quello della economia agraria, ma può trovare applicazione anche al di fuori di essa.
   - Caratterizzato essenzialmente per la mancanza di un regime di pubblicità dichiarativa e per il fatto che non si verificano gli effetti, negativi o positivi, che da esso derivano, essendo prevista solo una forma di pubblicità notizia quale quella che si realizza con l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese. Ciò la differenzia sostanzialmente dagli altri due tipi.
     In coerenza con il principio che prevede un sistema di pubblicità dichiarativa soltanto per le imprese commerciali, la necessaria non commercialità dell'oggetto della società semplice spiega la mancata sua soggezione a tale sistema: anche se le imprese collettive non commerciali possono volontariamente assoggettarsi a tale sistema, costituendosi secondo uno dei tipi previsti per le imprese collettive commerciali. Sicché, il riconoscimento di un'efficacia dichiarativa all'iscrizione nella sezione speciale delle società semplici esercenti attività agricola consente alle imprese commerciali operanti nel settore dell'agricoltura di avvalersi della società semplice.

   Per quanto riguarda il **regime di responsabilità,** la società semplice riassorbe in sé gli altri due tipi, essendo consentita la limitazione della responsabilità dei soci che non agiscono, attraverso un patto espresso del contratto sociale, il quale deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, pena l'inopponibilità dello stesso a coloro che non ne hanno avuto conoscenza. Da ciò deriva che nella società semplice tutti i soci possono essere responsabili illimitatamente e solidamente come nelle collettive, o può accadere che alcuni soci (quelli che agiscono) sono responsabili illimitatamente e solidamente e gli altri (quelli che non agiscono) possono essere limitatamente responsabili come nell'accomandita semplice.

B. La **società in nome collettivo** si caratterizza essenzialmente in funzione della responsabilità illimitata e solidale di *tutti* i soci per le obbligazioni sociali. L'art. 2291 c.c. precisa che un eventuale patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi.
   Tuttavia, non essendo questo della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci un carattere esclusivo della società in nome collettivo, dato che anche nella società semplice tutti i soci possono assumere una responsabilità illimitata e solidale, occorre tener conto di ulteriori elementi di differenziazione consistenti alternativamente:
   - Nella commercialità dell'oggetto della società;
   - Nella soggezione a un regime legale di pubblicità dichiarativa.

   Nel campo delle attività commerciali una società che si caratterizzi in funzione della responsabilità di tutti i soci è necessariamente una società in nome collettivo; non solo, ma potrebbe sostenersi che in questo campo sono società in nome collettivo tutte quelle società che non presentino i requisiti per essere inquadrate in uno degli altri tipi di società pur mancando una disposizione come quella prevista nell'art. 2249, comma 2.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

C. La **società in accomandita semplice**, secondo l'art. 2313 c.c., si caratterizza per la presenza di due categorie di soci:
   - I soci accomandatari, che assumono responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali;
   - I soci accomandanti, che rispondono limitatamente alla quota conferita.

   Formulata in questi termini, la nozione non è completa, in quanto trascura l'aspetto interno della *organizzazione sociale*, che non è certo meno rilevante e al quale si ricollega il diverso regime di responsabilità al quale sono soggetti i soci accomandatari e i soci accomandanti.
   I poteri di amministrazione:
   - Nella società semplice e nella società in nome collettivo spettano a tutti i soci;
   - Nella società in accomandita semplice spettano *ope legis* ai soli soci accomandatari.

   L'art. 2320 prevede che gli accomandanti hanno soltanto un potere di controllo e rispetto ad essi è espressamente posto il divieto di ingerenza nella gestione della società.
   Al potere di gestione degli accomandatari consegue la loro responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali; responsabilità che incombe sull'accomandante tutte le volte che si determini da parte sua una illegittima ingerenza nell'amministrazione.

La società in accomandita semplice essendo organizzata su base personale si differenzia nettamente dalla società in accomandita per azioni. Non costituiscono più, come era nel sistema previgente, due particolari atteggiamenti dell'unico tipo di società: l'accomandita. Esse rappresentano due tipi sociali distinti e nettamente differenziati:

- L'uno, l'accomandita semplice, costituisce una modificazione della società in nome collettivo;
- L'altro, l'accomandita per azioni, costituisce una modificazione della società per azioni.

La partecipazione alla società: capacità e legittimazione

Vediamo i principi particolari applicati alle società organizzate su base personale.
La partecipazione ad un contratto di società, qualunque sia il tipo in base al quale la società è costituita, rappresenta un atto che eccede l'ordinaria amministrazione e pertanto un atto che non può in nessun caso essere compiuto:

- Dal rappresentante legale dell'incapace senza le debite autorizzazioni;
- Dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore.

Tuttavia, per quanto riguarda la partecipazione dell'incapace quale socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo o in accomandita semplice, la legge pone limitazioni e controlli ancora più rigorosi, in considerazione:

- Dei particolari rischi connessi all'esercizio di un'attività commerciale;
- Della responsabilità illimitata e solidale che grava sul socio.

La partecipazione è quindi subordinata all'osservanza delle disposizioni che regolano la capacità all'esercizio dell'impresa, art. 2294 c.c.

Circa la partecipazione alle società organizzate su base personale, si dubitava se le persone giuridiche, e in particolare le società per azioni o a responsabilità limitata, potessero parteciparvi; adesso è la stessa legge ad ammettere tale eventualità.

Esigenze di forma e pubblicità del contratto

Nelle società organizzate su base personale il contratto non è di per sé un contratto formale.
Anche per le società in nome collettivo e in accomandita semplice, pur essendo prevista la redazione di un atto scritto, l'atto costitutivo, lo scritto non è richiesto per esigenze di forma o di prova, ma unicamente come **presupposto della pubblicità legale**.
Ciò ha un'importanza fondamentale, dato che la mancanza dell'atto scritto non importa le conseguenze che si verificano nel caso in cui manchi il documento richiesto *ad substantiam* o per la prova, ma importa la conseguenze che derivano dalla mancata osservanza della pubblicità.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La forma può essere peraltro richiesta in relazione all'oggetto di conferimento, in quanto ad esempio si conferiscano in società immobili o diritti reali immobiliari, o la nave o l'aeromobile: in questi casi dovranno anche essere attuati i necessari adempimenti pubblicitari come la trascrizione (forma richiesta per la validità del conferimento, non anche per quella dell'intero contratto).

Per le società in nome collettivo e in accomandita semplice la legge precisa gli elementi che l'atto costitutivo deve contenere.

L'atto costitutivo è infatti presupposto necessario della pubblicità legale.

Ai **terzi** (creditori o contraenti con la società, e creditori particolari o contraenti con il socio) non basta conoscere che esiste tra determinate persone una società, ma occorre conoscere una serie di altre indicazioni. L'art. 2295 c.c. prevede che devono risultare nell'atto costitutivo:

- Il nome dei soci e la loro responsabilità (nelle società in accomandita semplice è necessaria l'indicazione dei soci accomandatari e dei soci accomandanti, art. 2316 c.c.);
- La ragione sociale, e cioè il nome sotto il quale la società agisce;
- Le persone degli amministratori e di coloro che hanno la rappresentanza della società;
- La sede, l'oggetto e la durata della società;
- I conferimenti di ciascun socio;
- Le prestazioni a cui sono obbligati i soci d'opera;
- Le norme sulla ripartizione degli utili e la quota di ciascun socio negli utili e nelle perdite.

L'incompletezza del documento per la mancanza di talune indicazioni (cioè quando non possono essere supplite da regole dispositive di legge, ad es. sulla ripartizione degli utili) richieste dalla legge importa soltanto che l'ufficio del registro delle imprese possa rifiutarne la iscrizione, non anche importa la validità del contratto.

L'art. 2296 prevede che la **pubblicità del contratto sociale** si attua mediante il deposito per l'iscrizione, presso l'ufficio del registro delle imprese dell'atto costitutivo con sottoscrizione autenticata dei contraenti o di una copia autentica dello stesso, se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico.

L'obbligo del deposito incombe agli amministratori e al notaio che ha redatto l'atto. Il deposito deve essere eseguito nel termine di trenta giorni dalla stipulazione. Se gli amministratori non provvedono nel termine, i soci possono provvedervi a spese della società o far condannare gli amministratori ad adempiervi.

Il **controllo** dell'ufficio del registro riguarda la ricorrenza delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione; non riguarda anche la validità dell'atto.

Conseguenze della mancata iscrizione nel registro delle imprese: le società irregolari

Gli **effetti dell'iscrizione** dell'atto costitutivo della società nel registro delle imprese sono quelli propri di ogni pubblicità dichiarativa (art. 2193 c.c.).

L'**iscrizione** determina quindi i c.d. effetti positivi della pubblicità, cioè che i fatti iscritti sono opponibili ai terzi, li abbiano o non li abbiano conosciuti o potuti conoscere.

La **mancata iscrizione** determina i c.d. effetti negativi della pubblicità, con la conseguenza che il contenuto dell'atto costitutivo non è opponibile ai terzi, se non quando si dimostri che i terzi, pur in mancanza della pubblicità, ne erano a conoscenza.

Per le società di persone soggette ad un regime di pubblicità dichiarativa, ma di fatto non registrate, la mancata iscrizione importa una situazione di **irregolarità**. La irregolarità presuppone che esista un contratto di società, se nullo o annullabile non interessa, per il quale non siano state osservate le formalità prescritte dalla legge (o meglio, che esista un contratto che non sia iscritto nel registro delle imprese). Si tratta di una situazione del tutto indipendente dalla **invalidità** del negozio: come ci può essere una società regolare nulla o annullabile, così vi può essere una società irregolare nulla o annullabile.

L'irregolarità può essere iniziale, ossia fin dalla sua costituzione non si è addivenuti alla iscrizione nel registro delle imprese, o sopravvenuta, ossia inizialmente iscritta poi successivamente cancellata dal registro per qualunque causa.

La **irregolarità** non incide sui rapporti tra i soci: questi rimangono regolati dal contratto sociale, il quale è vincolante per tutta la sua durata. Essa incide nei rapporti con i terzi, i quali sono disciplinati dalle disposizioni in tema di società semplice.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In sostanza si è equiparata la posizione delle società che, pur essendo soggette a un regime di pubblicità dichiarativa, in fatto non vi si attengano, alla posizione della società per la quale non è addirittura previsto un sistema di pubblicità dichiarativo. Tuttavia l'equiparazione non è assoluta. Così:

a. Per quanto riguarda il **regime della rappresentanza**, non si applicano i principi dettati per la società semplice, ma si applicano i principi conseguenti alla mancata osservanza della pubblicità legale (art. 2297, comma 2, c.c.). Ciascun socio che agisce si presume abbia la rappresentanza della società e, a meno che non si provi la conoscenza del terzo, non sono a questo opponibili i patti che limitano la rappresentanza.

   Le limitazioni soggettive ed oggettive del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi se non si dimostra che essi le conoscevano: quindi le limitazioni originarie della rappresentanza sono inefficaci nei confronti del terzo ignaro come le limitazioni successive. Il terzo che contratta con la società irregolare non ha l'onere di accertare sulla base del contratto sociale il potere di rappresentanza del socio che agisce, come l'ha invece colui che contratta con una società semplice.

b. Nella società in accomandita semplice la **limitazione della responsabilità** dei soci accomandanti permane ed è opponibile ai terzi anche quando non sia portata a loro conoscenza con mezzi idonei. Il socio accomandante risponde limitatamente alla sua quota per le obbligazioni sociali, purché naturalmente non operi, anzi purché non partecipi in alcun modo alle operazioni sociali (mentre nella società semplice il patto di limitazione della responsabilità del socio è efficace solo se portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei).

   Differenza che si giustifica in quanto, nell'accomandita irregolare, il terzo sa già dell'esistenza di soci a responsabilità limitata (gli accomandanti); mentre chi contratta con la società semplice, dato che regime normale è quello della responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci, in mancanza di una pubblicità del patto limitativo della responsabilità non sarebbe sufficientemente tutelato. Eventuali patti di limitazione della responsabilità o di esclusione della solidarietà devono ritenersi, nell'ipotesi di società irregolare (art. 2297 c.c.) comunque inopponibili ai terzi.

La irregolarità determina la modificazione del regime giuridico della società nei rapporti con i terzi (per la mancata attuazione della pubblicità), e l'applicazione di talune sanzioni.

Nella categoria delle **società irregolari** rientrano le c.d. **società di fatto**, cioè quelle società che si formano senza la stipula di un contratto sociale sulla base di un comportamento concludente di una pluralità di soggetti, che determinano in fatto la creazione di un fondo comune per l'esercizio in comune di un'attività commerciale al fine della divisione degli utili.

Modificazioni del contratto

Nelle società organizzate su base personale, il **contratto sociale** può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci o per le cause ammesse dalla legge (morte, recesso, esclusione del socio).

Il principio maggioritario non è di regola applicabile per questa categoria di società, se non in quanto sia espressamente ammesso dal contratto, e nei limiti in cui sia ammesso (art. 2252 c.c.).

Un'eccezione particolarmente significativa alla regola generale dell'unanimità per le decisioni modificative del contratto sociale è ora prevista per la trasformazione in società di capitali, per la fusione, per la scissione di società di persone.

Tutte queste decisioni sopraelencate possono essere decise con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salvo che il contratto disponga altrimenti e salvo il diritto del recesso del socio che non abbia concorso o consentito alla decisione.

Tuttavia, anche quando il contratto consente che la sua modificazione possa attuarsi per la volontà della maggioranza sicuramente è sottratto al potere della maggioranza di modificare la posizione del socio nella società attraverso:

- La soppressione;
- La limitazione dei diritti che sono attribuiti al socio nel contratto sociale;
- L'imposizione di maggiori obblighi di quelli che dal contratto derivano a suo carico.

Perciò è opinabile che nelle società di persone sia possibile, con decisione maggioritaria, introdurre o sopprimere una clausola compromissoria.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le modificazioni del contratto sociale sono soggette al **regime di pubblicità** previsto per il tipo sociale in questione: queste modificazioni in ogni caso risultano essere operative nei rapporti tra soci ed opponibili ai terzi che ne abbiano avuto conoscenza.

Nella **società semplice** esse devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, se importino una modificazione rilevante nei rapporti con i terzi: in mancanza non sono opponibili ai terzi che le abbiano ignorate senza colpa.

Nella **società in nome collettivo** e **in accomandita semplice** è previsto un regime di pubblicità dichiarativa: ogni modificazione del contratto sociale deve essere iscritta nel registro delle imprese a cura di amministratori e se la modificazione risulta da una deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica. In mancanza di iscrizione, la modificazione non è opponibile ai terzi, a meno che non si provi che questi ne erano a conoscenza.

Se un socio illimitatamente responsabile sia receduto e il recesso non sia stato iscritto egli non potrà opporre l'avvenuto recesso al creditore sociale che, avendo ignorato il recesso, agisca nei suoi confronti in responsabilità sulla base di un'obbligazione sociale sorta dopo il recesso, e, se illimitatamente responsabile, potrà essere dichiarato fallito a seguito del fallimento della società, anche se questo sia stato dichiarato oltre un anno dopo lo scioglimento del rapporto sociale.

Vi sono invece alcune modificazioni per le quali si applicano regole diverse da quelle proprie della pubblicità dichiarativa ed in cui quindi l'**iscrizione** svolge un ruolo ulteriore rispetto a quello di semplice criterio di opponibilità a terzi.

A. In alcuni casi l'iscrizione assume **efficacia costitutiva**, come accade per quanto riguarda la decisione di trasformazione;
B. In altri casi essa si pone sia come **condizione** per l'eseguibilità della modificazione, sia come **momento iniziale** del termine concesso ai creditori sociali per proporre opposizione.
    - Ad esempio, nel caso di modificazioni che importino la restituzione ai soci degli apporti o di parti di essi o esonero da ulteriori versamenti ancora dovuti, è dato ad essi il diritto di opposizione, in quanto, attraverso la modificazione, si riduce il complesso dei beni sui quali possono soddisfarsi con preferenza rispetto ai creditori particolari del socio.
    - Analogo diritto viene loro riconosciuto in relazione alla decisione di fusione o scissione, potendo diminuirsi le garanzie patrimoniali dei creditori della singola società che partecipa alla fusione. In tali casi, la pubblicità legale non può essere sostituita dalla conoscenza di fatto che i terzi abbiano della modificazione
C. In ulteriori ipotesi l'iscrizione opera soltanto al fine della **decorrenza del termine** concesso ai creditori particolari per proporre opposizione.
    - È quanto avviene con la deliberazione di proroga della società oltre il termine inizialmente previsto per la sua durata, poiché in tal modo si impedisce la possibilità di esecuzione immediata sulla quota del socio debitore.
    - Nel caso di **proroga espressa**, risultante cioè da una deliberazione ai creditori particolari, si riconosce quindi un diritto di opposizione e l'iscrizione della modificazione vale come momento iniziale per la decorrenza del termine di tre mesi stabilito a tal fine. In mancanza dell'iscrizione, non si inizia il decorso del termine, e il creditore potrà richiedere anche successivamente la liquidazione della quota del socio debitore.

    La **proroga** della società può essere l'effetto:
    - Di una deliberazione dei soci;
    - Di una continuazione di fatto della società da parte dei soci dopo che il termine originario di durata della società sia scaduto. Questa ipotesi viene definita dalla legge come **proroga tacita**, e non essendo previsto un nuovo termine la società si considera prorogata a tempo indeterminato e viene di conseguenza riconosciuto al socio il diritto di recesso a norma dell'art. 2285.
D. È dall'attuazione della pubblicità della cancellazione della società e dello scioglimento del rapporto sociale o della cessazione della responsabilità illimitata che decorre il **termine annuale** entro il quale la società può essere dichiarata fallita e, rispettivamente, il fallimento della società si estende a chi non vi ricopre il ruolo di socio illimitatamente responsabile.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'ordinamento sociale

La comunione di impresa

La costituzione della società, importando la destinazione dei beni conferiti alla realizzazione degli scopi fissati nel contratto e imponendo tale destinazione con carattere vincolante nei confronti dei soci e dei terzi, determina una situazione giuridica particolare dei soggetti e dei beni. In particolare:

A. Vi è un'u**nificazione della collettività dei soci** nei rapporti interni ed esterni che si rivela con l'attribuzione alla società di un nome, di una sede, di un'amministrazione e di una rappresentanza e con la indisponibilità, *durante societate*, da parte del singolo socio dei beni conferiti sia pure *pro quota*;
B. Vi è un'**autonomia** patrimoniale del complesso dei **beni** destinati alla realizzazione degli scopi sociali, che si rileva nella insensibilità più o meno assoluta di fronte alle vicende personali dei singoli soci e nell'ordine più o meno rigoroso imposto ai creditori sociali nella scelta dei beni attraverso i quali realizzare i loro crediti.

Questa unificazione della collettività dei soci e questa autonomia patrimoniale non trovano il loro fondamento nel riconoscimento della personalità giuridica. La volontà del legislatore è manifesta nel senso del diniego della personalità giuridica alla società organizzata su base personale, mentre la personalità giuridica non può essere affermata se non sulla base di un riconoscimento espresso.
Per individuare la situazione giuridica conseguente al contratto di società organizzata su base personale e cogliere le deviazioni che rispetto al regime normale della comunione si determinano occorre pertanto necessariamente operare con i concetti di:

- Contitolarità;
- Coobbligazione;
- Comunione.

Tale situazione può essere espressa sinteticamente con il termine di **comunione di impresa**.

Il regime legale della comunione è essenzialmente posto in funzione della comunione incidentale, e naturalmente tale regime è soggetto a modificazioni nel caso in cui non si tratti di comunione incidentale, ma di comunione contrattuale.
Il fondamento contrattuale della comunione spiega alcune deviazioni che nella disciplina giuridica della società sono poste rispetto al regime normale della comunione: così per lo scioglimento della comunione, la cedibilità della quota, l'uso dei beni comuni che il singolo socio non può utilizzare, senza il consenso degli altri, per i fini estranei alla società.
Altre deviazioni sussistono nella diversa struttura che i rapporti tra soci, e tra questi e i terzi, vengono ad assumere in conseguenza del particolare oggetto del contratto di società. La realizzazione di uno scopo comune presuppone una permanente destinazione dei beni allo scopo e quindi un'unificazione dei soggetti e dei beni in vista della prosecuzione di esso, la quale non consente il separato godimento dei beni stessi o la separata disposizione.

La caratteristica essenziale della società consiste appunto nella rilevanza per i soci e per i terzi della **destinazione dei beni allo scopo**.
Da questa dipende la limitazione dei diritti dei soci, e dei creditori particolari di questi, sui beni destinati allo scopo fino a quando questo non venga realizzato, e alla quale corrisponde una particolare disciplina per i diritti dei creditori sociali per la realizzazione dei loro crediti sui beni particolari del socio.

La rilevanza della destinazione dei beni allo scopo determina una particolare struttura:

- Dei rapporti interni, in quanto diritti e poteri competono al socio come membro della collettività sociale e con quei limiti che derivano dalla partecipazione alla collettività sociale;
- Dei rapporti esterni, in quanto i diritti e gli obblighi sorti nei confronti dei terzi nell'esplicazione dell'attività sociale fanno immediatamente capo alla collettività e mediatamente al socio ma come membro della collettività stessa.

Determina inoltre una autonomia dei beni sociali ponendoli a garanzia delle obbligazioni assunte.

I diversi aspetti sotto i quali la legge riconosce efficacia all'ordinamento sociale nei confronti dei terzi e non escludono la sostanza della comunione sono:

- La preferenza riconosciuta ai creditori sociali rispetto ai creditori particolari del socio;
- L'obbligo della preventiva escussione del patrimonio sociale;
- La possibilità di una limitazione della responsabilità del socio.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La determinazione della situazione giuridica conseguente al contratto di società ha una fondamentale importanza nella soluzione di taluni problemi, in particolare di quelli che riguardano:

- Il fondamento e i caratteri della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali;
- La spettanza della qualifica di imprenditore.

In ordine alla responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali: l'obbligazione incombe sul socio non come persona, ma come membro della collettività sociale, e cioè nei limiti posti dall'ordinamento della società, vincolante anche per i terzi.

Per quanto riguarda il fondamento e i caratteri della responsabilità, dalla concreta disciplina della società di persone si rileva immediatamente come la responsabilità personale del socio per le obbligazioni della società non si pone sullo stesso piano di quella che incombe sulla collettività:

- L'art 2267 c.c. fissa il principio che i creditori sociali trovano il loro soddisfacimento nel patrimonio sociale, e che la responsabilità personale del socio si aggiunge a quella della società;
- L'art 2304 e il 2268 c.c. graduano l'azione nei confronti del socio rispetto a quella nei confronti del patrimonio sociale.

Pur trattandosi di responsabilità **diretta**, la responsabilità è **sussidiaria**, ossia si pone su un piano diverso e subordinato rispetto a quella che al socio incombe come membro della collettività.

Il carattere sussidiario della responsabilità non deve portare a considerare i soci come fideiussori solidali della società:

- L'*obbligo del fideiussore* sorge in virtù di un rapporto autonomo che si pone direttamente con il creditore:
- La *responsabilità del socio* sorge per effetto della particolare struttura del rapporto sociale, dalla quale deriva che l'obbligazione della società grava anche sui soci.

Per quanto riguarda l'assunzione o meno da parte dei soci della qualifica di imprenditore: l'attività sociale è un'attività della collettività, del gruppo, non un'attività personale del socio; perciò la **qualifica di imprenditore** e gli obblighi ad essa connessi competono al gruppo e non al socio.

La qualifica di imprenditore:

- Non può ripartirsi tra i soci che fanno parte del gruppo;
- Non può moltiplicarsi, facendo così considerare tutti i soci imprenditori.

Il socio partecipa, quindi all'attività imprenditrice come membro del gruppo sociale; come tale, assume le obbligazioni inerenti a questa attività e quindi anche le alee favorevoli o contrarie. I soci sono imprenditori nel loro insieme, sono, se si vuole, **coimprenditori**.

Ciò spiega pertanto come, pur non essendo il socio singolarmente imprenditore, tuttavia nei suoi confronti si applicano talune norme che sono dettate per l'esercizio dell'impresa o si determinano talune conseguenze che derivano dall'esercizio dell'impresa.

L'autonomia patrimoniale: i creditori particolari del socio

La mancata personificazione del gruppo, caratteristica delle società di persone, non toglie che ci sia un ordinamento del gruppo, che è rilevante nei confronti dei soci come dei loro creditori personali e dei creditori sociali.

Sulla base di questo ordinamento si pone **l'autonomia patrimoniale**, e cioè la separazione del patrimonio destinato all'esercizio dell'impresa dagli altri beni rientranti nel patrimonio dei soci per farne la garanzia specifica dei creditori sociali. Sulla base di questo ordinamento, va regolata la posizione:

- Dei **creditori particolari**;
- Dei **creditori sociali**.

Il **patrimonio della società**, cioè il complesso dei beni originariamente conferiti e quelli acquistati attraverso l'esercizio dell'attività sociale, è destinato al raggiungimento dello scopo sociale.

Tale destinazione opera:

- Nei confronti del **socio**, impedendogli ogni potere individuale di disposizione;
- Nei confronti dei **creditori particolari del socio**, non consentendogli di sottrarre tali beni alla destinazione che gli è stata attribuita nel contratto sociale.

L'azione del creditore particolare del socio può attuarsi:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Sugli utili che spettano al socio e, al momento dello scioglimento, sulla quota di liquidazione;
- Prima di tale momento, il creditore particolare può compiere solo atti conservativi sulla quota.

Il principio è affermato:

- Per le società in nome collettivo;
- Per le società in accomandita semplice.

Per la società semplice è ammesso un temperamento nell'ipotesi in cui gli altri beni del socio *non siano sufficienti* a soddisfare i suoi creditori particolari e quindi a questi viene consentito di chiedere in ogni momento la *liquidazione della quota del loro debitore* (art. 2270 c.c.).

Nel caso in cui la liquidazione della quota sia richiesta, essa deve avvenire nel termine di tre mesi. Presupposto del diritto del creditore particolare è l'assoluta insufficienza dei beni del socio debitore a soddisfare i suoi crediti.

Il diritto di chiedere la liquidazione della quota compete anche ai creditori particolari dei soci di una società in nome collettivo o di una accomandita semplice:

- Nel caso di una **società irregolare**, qualora questa non sia iscritta nel registro delle imprese;
- Nel caso di **proroga della società**. Tale diritto:
  - Nel caso di proroga espressa, deve essere esercitato entro tre mesi dalla pubblicazione della deliberazione di proroga;
  - Nel caso di proroga tacita, può esserlo in ogni tempo.

La responsabilità personale del socio e i creditori sociali

La **responsabilità solidale e illimitata** dei soci per le obbligazioni sociali non costituisce una conseguenza necessaria dell'organizzazione su base personale.

Non è consentito che **tutti** i soci escludano la loro responsabilità personale, limitandola al conferimento:

- I **soci che operano** sono necessariamente responsabili nei confronti dei terzi, e ogni diverso patto contenuto nel contratto sociale non è efficace rispetto ad essi. Questo principio vale per la società semplice e la società in accomandita).

  Anche se nel contratto sociale la responsabilità è esclusa, e il socio assume la qualità di accomandante, se compie atti amministrativi o tratta e conclude affari in nome della società, ciò importa assunzione della responsabilità.
- I **soci che non operano** sono responsabili solamente nel caso in cui la responsabilità sia caratteristica del tipo di società prescelto o nel caso in cui i soci non hanno escluso la responsabilità nel contratto sociale.

Per la società in accomandita è anzi caratteristica fondamentale la contemporanea esistenza di due categorie di soci, accomandanti e accomandatari: soltanto la categoria dei soci accomandatari risulta però essere responsabile per le obbligazioni sociali.

L'esclusione della responsabilità per i soci che non operano è opponibile a terzi solamente quando:

- Sia portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei;
- Comunque i terzi ne abbiano avuto conoscenza.

La responsabilità:

- Salvo quando ne sia ammessa l'esclusione, sussiste per tutte le obbligazioni sociali in qualunque momento siano sorte. Così, chi entra a far parte di una società già costituita, risponde insieme con gli altri soci anche per le obbligazioni sorte anteriormente all'acquisto della qualità di socio;
- Permane, dopo l'uscita del socio dalla società, per quanto riguarda le obbligazioni assunte durante il periodo in cui il socio ne faceva parte.

L'art. 2290 prevede che il socio o i suoi eredi, pur non essendo più obbligati verso la società, rimangono soggetti, entro questi limiti, all'azione dei creditori sociali.

La **responsabilità personale** del socio è:

- **Solidale**, nel senso che a ciascun socio responsabile può essere chiesto l'intero.
- **Sussidiaria**, nel senso che si si impone al creditore di soddisfare i propri diritti prima sui beni destinati all'esercizio dell'attività sociale e poi sui beni personali del socio.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Inoltre:

- La responsabilità del socio funziona solamente qualora il fondo sociale risulti essere insufficiente;
- L'assunzione di un obbligo di conferimento è **presupposto** indispensabile alla partecipazione come socio; la responsabilità è una **conseguenza**, a seconda dei tipi, necessaria o eventuale di tale partecipazione.
- L'obbligazione di conferimento si pone rispetto agli altri soci e trova il presupposto nelle obbligazioni assunte da questi;
- La responsabilità sussiste nei confronti dei terzi per il fatto stesso che la società ha operato.

L'obbligazione sorge sulla base del **contratto**, e di questo segue le vicende; la responsabilità sorge *ex lege*, per il solo fatto che se ne sono verificati i presupposti. Nel contratto sociale possono essere eliminate nei rapporti tra i soci le conseguenze che dalla responsabilità derivano a carico di uno di essi, ma nel contratto non può essere escluso il diritto dei terzi, quando ne sussistano i presupposti sociali.

L'obbligo di conferimento del socio può essere fatto valere dagli amministratori della società e da creditori sociali.

Il **carattere sussidiario** della responsabilità si afferma con diversa intensità nella società semplice e nella società in nome collettivo o in accomandita semplice. In tutti casi è riconosciuto al socio il **beneficio dell'escussione preventiva del patrimonio sociale**, ma:

- Nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice la preventiva escussione della società costituisce una condizione di procedibilità dell'azione esecutiva nei confronti del socio e l'onere della prova della insufficienza del patrimonio sociale incombe sul creditore che agisce;
- Nella società semplice il creditore può agire immediatamente nei confronti del socio, il quale però può paralizzare l'azione del creditore sociale, attraverso l'indicazione dei beni della società sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi.

Con riferimento alla società semplice, non basta una generica sufficienza del patrimonio sociale: è richiesto che su di esso ci si possa **agevolmente** soddisfare. Le diversità si pongono soprattutto nel campo processuale, ricadendo l'onere della prova dell'insufficienza sul creditore o invece l'onere della prova della sufficienza sul socio.

Tuttavia, anche per le società in nome collettivo e in accomandita è sufficiente, per agire contro il socio, che risulti l'insufficienza del patrimonio sociale; non è anche necessario che il creditore si sobbarchi all'onere di un giudizio esecutivo sui beni della società destinato a risultare infruttuoso.

La posizione di socio e la quota sociale

La **comunione di impresa** che si realizza in conseguenza della costituzione della società implica la necessità di individuare la posizione soggettiva che compete al socio per effetto della sua partecipazione alla società: una posizione con contenuto complesso e nella quale confluiscono posizioni attive accanto a posizioni passive, poteri e doveri accanto a diritti e obblighi.

Tutte queste diverse posizioni trovano la loro fonte diretta o indiretta nel **contratto**; hanno cioè un fondamento unitario.

Le posizioni soggettive del socio che più interessano non sono quelle che derivano direttamente dal contratto, ma sono quelle che competono al socio nell'ambito della comunione di impresa, la quale risulta essere caratterizzata dal contratto sia strutturalmente sia funzionalmente.

La comunione di impresa è un fenomeno di gruppo, ma nei gruppi non personificati le posizioni soggettive che ne derivano si puntualizzano direttamente sui soci. Esse riguardano i diversi aspetti dell'impresa economica.

Il **criterio fondamentale** cui la legge si ispira è quello del **proporzionamento al rischio** dei poteri sociali e dei diritti patrimoniali del socio (rischio che si individua rispetto al capitale conferito e che poi si accresce quando il socio risponde illimitatamente per le obbligazioni sociali).

Emerge così nella comunione di impresa la rilevanza primaria della **partecipazione del socio** come partecipazione alla formazione del nucleo patrimoniale destinato al suo esercizio e la rilevanza della misura della partecipazione a questo nucleo patrimoniale.

Si pone così la nozione di **quota sociale**, la quale è la parte del nucleo patrimoniale che fa capo al socio, e nella quale trovano la loro fonte unitaria le diverse posizioni soggettive che si puntualizzano sul socio.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Essa è:

- Un'entità patrimoniale, perché rappresenta una quota astratta di un nucleo patrimoniale.
- Un'entità che ha un proprio valore economico e che può formare oggetto di rapporti giuridici nel caso in cui il contratto lo consenta.
- È un'entità patrimoniale che è destinata all'esercizio di una attività economica e il cui valore economico è essenzialmente in funzione di questa attività e dei risultati di questa attività.

Essa esprime una posizione dinamica: posizioni soggettive rilevanti sono quelle che competono al socio con riferimento alla attività e ai suoi risultati. In questo la comunione di impresa si distingue dalla comunione dei beni.

La comunione di impresa è essenzialmente comunione di attività. La quota del socio illimitatamente responsabile è intrasferibile senza il consenso degli altri soci, mentre quella degli accomandanti è intrasferibile senza il consenso della maggioranza (altrimenti non ha effetto).

Il trasferimento della quota, anche se si tratti del trasferimento della quota del socio accomandatario, non importa perdita della sua individualità e della sua identità da parte della società. Quindi la società rimane la stessa anche se il socio amministratore è cambiato.

Iniziativa *e* **rischio** sono gli elementi caratterizzanti della posizione dei soci, e caratterizzano anche l'imprenditore singolo:

- Il **potere di iniziativa** non è potere di amministrazione, ma è potere di contribuire alla posizione delle norme che debbono presiedere all'attribuzione dei poteri nell'ambito sociale. Il potere di amministrazione invece non è una posizione originaria, ma è una posizione derivata dall'ordinamento del gruppo, realizzato attraverso l'esercizio del potere di iniziativa.

  Perciò, mentre il potere di iniziativa compete a tutti i soci partecipi della comunione di impresa, il potere di amministrazione può essere per legge riservato a una categoria di soci, o sulla base del contratto sociale attribuito ad un singolo, o a taluni soltanto dei soci. A tale potere corrisponde l'obbligo del rendiconto e il potere di controllo da parte dei soci non amministratori.

- Anche il **rischio**, come posizione individuale del socio, si individua soltanto sulla base dell'ordinamento del gruppo: non soltanto accanto a soci a responsabilità illimitata vi possono essere soci a responsabilità limitata, ma la quota di partecipazione agli utili e alle perdite, che normalmente è proporzionale alla quota di partecipazione al capitale di rischio, può anche non esserlo. L'unico limite in questo campo è rappresentato dal divieto del patto leonino (art. 2265 c.c.), che prevede che un rischio vi deve essere necessariamente, ma quale esso sia concretamente può essere stabilito solo sulla base dell'ordinamento sociale.

Per quanto riguarda i **diritti patrimoniali del socio**, è necessario puntualizzare che come rispetto al patrimonio sociale, fin quando dura la società e fin quando non sono definiti i rapporti con terzi, non sussiste alcuna posizione soggettiva del socio.

I diritti patrimoniali del socio sono quindi:

- Il **diritto agli utili**;
- Il **diritto alla quota di liquidazione**.

L'art. 2262 c.c. prevede che, per le società di persone, la distribuzione degli utili è la conseguenza automatica dell'approvazione del rendiconto che accerta il conseguimento degli stessi.

I soci sono quindi tenuti alla restituzione delle somme percepite, se gli utili fatti emergere dal rendiconto risultano essere fittizi o se, pur essendo gli utili effettivi, il rendiconto non è stato approvato. Soltanto per i soci accomandanti non è ammessa la ripetizione per gli utili percepiti in buona fede in base al bilancio regolarmente approvato.

La **parte spettante al socio sugli utili** è normalmente proporzionale al valore del conferimento: il contratto può prevedere diversamente, con il solo limite derivante dal patto leonino. Se nel contratto sociale non è stato determinato il valore dei conferimenti, le quote di partecipazione agli utili dei singoli soci si presumono uguali (art. 2263 c.c.)

Per il **socio d'opera**, se nel contratto sociale non è determinata la partecipazione agli utili e il valore del conferimento, la legge prevede che questa sia determinata dal giudice secondo equità.

L'art. 2264 c.c. prevede che la determinazione della parte di ciascun socio negli utili può essere inoltre rimessa al giudizio di un terzo, la cui funzione è quella di arbitratore.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La comunione di impresa che si realizza nelle società di persone implica tuttavia che il socio non possa svolgere un'attività che valga ad impedire o a rendere più difficile la realizzazione dello scopo comune. L'art. 2301 impone al socio il c.d. **divieto di concorrenza**, ossia il divieto di esercitare per conto proprio o di terzi un'attività concorrente con quella della società, o di partecipare come socio illimitatamente responsabile ad altra società concorrente.

Il divieto di concorrenza è un effetto naturale della partecipazione alla società in nome collettivo e della partecipazione come socio accomandatario ad una società in accomandita semplice. Il divieto può essere eliminato con il consenso anche tacito degli altri. L'inosservanza del divieto importa per il socio l'obbligo del risarcimento del danno subito dalla società e può importare nei casi più gravi l'esclusione del socio dalla società. Se il socio è anche amministratore, l'inosservanza del divieto costituisce giusta causa di revoca.

La struttura organizzativa: fondamento e caratteri

Ogni fenomeno di gruppo, e quindi anche la società, postula un principio organizzativo. Un **principio di organizzazione** sussiste sia nelle società di persone che nella comunione.

Nelle società di persone, l'organizzazione risponde a necessità pratiche, e cioè alla necessità di assicurare il funzionamento della società e la gestione dell'impresa sociale.

L'**organizzazione della società** non è precisamente e rigidamente determinata negli organi e nelle competenze, ma è rimessa alla libera determinazione dei soci. Esistono persone alle quali, singolarmente, congiuntamente o collegialmente sono attribuiti determinati poteri sulla base di un rapporto intersoggettivo.

L'organizzazione delle società personali è essenzialmente basata sulla contrapposizione tra amministratori e soci:

- Gli **amministratori** (nominati nel contratto, o in mancanza, il potere viene attribuito dalla legge che in tale ambito ha valore suppletivo) hanno il potere di compiere tutti gli atti necessari per il raggiungimento dello scopo sociale;
- Ai **soci** è rimesso di modificare l'atto costitutivo, ma in questo caso è necessario il consenso di tutti.

La legge fissa soltanto un principio: quello che l'amministrazione della società importa automaticamente la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali del socio che amministra; da ciò deriva che:

- Nelle società in accomandita l'amministrazione può essere conferita soltanto ai soci accomandatari, in quanto illimitatamente responsabili;
- Agli accomandanti è fatto espresso divieto di immistione nella gestione della società: costoro possono prestare la propria opera solo sotto la direzione degli amministratori.

Il divieto di immistione dell'accomandante risulta essere generale, infatti comprende sia gli atti di amministrazione interna, sia gli atti di amministrazione esterna. Nel sistema attuale il divieto è più rigoroso per quanto riguarda l'attività interna piuttosto che per l'attività esterna, dato che per quest'ultima vi è la possibilità del compimento di affari singoli sulla base di una procura speciale.

Per l'attività interna, l'attività dell'accomodante è necessariamente subordinata a quella dell'accomandatario: l'accomandante può prestare la sua opera nella società, solo sotto la direzione degli amministratori.

L'amministratore può avvalersi della collaborazione di altri, incluso l'accomandante; tuttavia, è necessario che non si verifichi una sostituzione nell'esercizio del potere riservato dalla legge all'accomandatario, ed è necessario che la collaborazione si basi su un rapporto di subordinazione.

Criterio fondamentale al fine di stabilire se l'accomandante abbia o meno superato i limiti che ad esso la legge impone è che ogni atto che importi una sostituzione nel **potere di gestione** è vietato. L'atto costitutivo della società non può modificare questo principio essenziale: esso può soltanto prevedere che per operazioni determinate i soci accomandanti possono dare autorizzazioni o pareri.

È invece consentita una sostituzione nel **potere di rappresentanza**, purché questa sostituzione si attui in singoli affari e in virtù di singoli e particolari conferimenti di poteri.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'autonomia dell'accomandatario nell'esercizio del potere di gestione può essere limitata nell'atto costitutivo, ma non soppressa. Per questo la legge richiede che le operazioni, per le quali è necessaria l'autorizzazione o il parere degli accomandanti, siano operazioni singole e specificatamente determinate nell'atto costitutivo.
Questo principio non può essere modificato attraverso una clausola dell'atto e neanche con l'assenso dei soci.

L'ingerenza dell'accomodante nell'amministrazione importa la responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni sociali, e cioè anche per quelle sorte anteriormente all'atto di ingerenza, e la possibilità di una esclusione a norma dell'art. 2286.

L'art. 2320, affermando tali conseguenze, non pone distinzioni: esso si applica nel caso in cui l'ingerenza si attui al di fuori di ogni volontà degli accomandatari, o con il loro consenso; attraverso un singolo atto, o attraverso una serie ripetuta di atti; consapevolmente o inconsapevolmente.
La disciplina è particolarmente severa per evitare che l'accomandita si snaturi e perda i suoi lineamenti essenziali.
L'immistione dell'accomandante nella gestione della società ha appunto l'effetto di modificarne la struttura e di alterare le basi sulle quali la legge pone la limitazione di responsabilità dei soci.

Gli amministratori

Il potere di amministrazione trova la sua fonte nella **investitura da parte dei soci**. Esso infatti non è un potere originario, ma consegue alla attribuzione che i soci ne fanno nel contratto col disciplinare l'organizzazione del gruppo: è un potere derivato da questa organizzazione.
La disciplina legale muove dall'idea che il **potere di amministrazione** sia connaturato alla posizione di socio illimitatamente responsabile; con la conseguenza che, se l'atto costitutivo nulla dispone, il potere compete *ex lege* a ciascun socio che assume tale posizione senza la necessità di un atto di nomina.

A. Non sussiste perciò la necessità di particolari norme relative alla nomina degli amministratori (anche se l'atto costitutivo può prevederne, sia provvedendo esso stesso alla nomina, sia dettando le regole secondo cui deve avvenire).
   La legge non affronta il tradizionale tema se possa essere nominato amministratore un **non socio**.
   Dagli artt. 2257 e 2258 c.c. sembra desumersi che la diversa pattuizione possa riguardare una diversa regolamentazione dei poteri di amministrazione tra i soci, non l'attribuzione dell'amministrazione ad un estraneo.
   A conferma di ciò il principio per cui il potere di amministrazione importa la responsabilità personale dell'amministrazione per le obbligazioni sociali.
   Tuttavia in mancanza di espressa disposizione di legge che lo vieti, il regolamento dell'amministrazione è rimesso alla volontà dei soci. Appare quindi difficile escludere tale possibilità.
   Tale problema si pone per la società in nome collettivo o per la società semplice, in quanto per la società in accomandita semplice la legge prevede che l'amministrazione può essere conferita ai soli soci accomandatari.
B. La legge non regola neanche la **cessazione** dell'amministrazione e la sua **sostituzione**. Norme particolari sono dettate solo con riferimento alla **revoca**, per la quale occorre distinguere tre ipotesi:
   a. Quella in cui l'atto costitutivo non preveda nulla in ordine all'amministrazione e il relativo potere debba ritenersi attribuito a ciascun socio. In questo caso il potere di amministrazione del socio non può venir meno, se non per effetto di una modificazione del contratto sociale o dell'uscita del socio dalla società. Di revoca dell'amministratore può parlarsi solo se sussiste *giusta causa*;
   b. Quella in cui l'atto costitutivo contenga la nomina degli amministratori. In questo caso la legge dispone che l'amministratore possa essere revocato soltanto quando sussista una giusta causa e in mancanza di una giusta causa la revoca non ha effetto.
   c. Quella in cui l'amministratore è nominato con atto separato. In tale caso può essere revocato secondo le norme sul mandato, quindi in qualunque tempo, ma se non sussiste una giusta causa, l'amministratore avrà diritto al risarcimento dei danni.

   Per la società in accomandita, la revoca dell'amministratore deve seguire con il consenso degli accomandatari e con l'approvazione dei soci accomandanti che rappresentino la maggioranza del capitale da essi sottoscritto (art. 2319 c.c.)

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge individua le circostanze in cui la revoca può avvenire ma non le **modalità**. In mancanza di particolari principi di legge e disposizioni nell'atto di nomina, deve ritenersi che la revoca, salvo il caso di giusta causa, presupponga la partecipazione di tutti coloro che il potere hanno conferito (art.1726 c.c.).

- L'art, 1726 prevede che, nel caso in cui sussista una giusta causa, la revoca dell'amministratore può essere richiesta da ciascun socio. Non è sufficiente la dichiarazione di revoca da parte di un socio, ma è comunque necessario *l'accertamento giudiziale* dell'esistenza di una giusta causa.

C. L'art. 2257 prevede che, salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascun socio illimitatamente responsabile *disgiuntamente* dagli altri.
L'atto costitutivo può stabilire diversamente: i soci posso stabilire di attribuire il potere di amministrazione ad alcuni soltanto di essi, o congiuntamente a tutti i soci o ad alcuni tra essi, o alla maggioranza dei soci o combinando insieme i diversi sistemi ecc.
   a. Nel caso di **amministrazione disgiuntiva**, al fine di assicurare un coordinamento nell'attività dei vari soci, la legge attribuisce a ciascuno socio la facoltà di opporsi alle operazioni che altri intende compiere prima che esse siano compiute. L'opposizione determina il venir meno del potere del singolo socio e la decisione sull'opposizione viene attribuita alla maggioranza dei soci, calcolata sulla base delle quote di interesse;
   b. Nel caso di **amministrazione congiuntiva** e nel caso in cui l'**amministrazione sia conferita alla maggioranza dei soci**, per sopperire ad una opposta esigenza, la legge autorizza l'amministratore a compiere da solo atti di amministrazione, nel caso vi sia urgenza di evitare un danno alla società o nel caso in cui gli amministratori o la maggioranza non possono essere sentiti preventivamente e dal mancato compimento dell'atto possa risultare danno alla società. Nel caso poi in cui il potere di amministrazione risulti attribuito alla maggioranza, la legge precisa che questa maggioranza, nel silenzio del contratto, vada calcolata per quote di interesse e non per capi.

D. La **posizione giuridica** degli amministratori è equiparata a quella dei mandatari, dei quali hanno i diritti e gli obblighi.
La formula è così ampia da ricomprendere le diverse ipotesi previste dalla legge: non solo quella in cui il potere di amministrazione derivi da espresso conferimento contenuto nell'atto costitutivo o in atto separato, ma anche quella in cui esso derivi, per legge, dalla partecipazione alla società come socio illimitatamente responsabile.
Da ciò derivano conseguenze: ad esempio il diritto dell'amministratore ad un compenso per la sua opera, o il diritto a rinunciare all'incarico, anche se assunto con determinazione di tempo.
Gli amministratori debbono esercitare le loro funzioni **personalmente**, debbono usare nell'espletamento dell'incarico la **diligenza media** e debbono adempiere agli obblighi specifici che derivano dalla legge o dal contratto sociale.
Tra gli obblighi derivanti dalla legge rientrano gli obblighi di:

- Dare notizia ai soci riguardo allo svolgimento delle operazioni sociali e di dare il conto alla fine di ogni esercizio annuale;
- Provvedere alla pubblicità nel registro delle imprese.
- Tenere i libri e le scritture contabili;
- Non distrarre i beni della società dagli scopi ai quali i beni sono destinati.

E. In caso di violazione degli obblighi, gli amministratori **rispondono solidalmente** nei confronti della società, a meno che non dimostrino di essere esenti da colpa (art. 2260 c.c.).
L'azione di responsabilità spetta al socio come membro della collettività sociale.
Gli amministratori hanno l'obbligo di risarcire integralmente il danno subito dalla collettività in conseguenza alla mala gestione, e sulla base di questa affermazione dell'obbligo ciascun socio potrebbe proporre l'azione. L'art 2261 attribuisce ai soci che non amministrano il diritto di rendiconto, e più in generale un diritto di informazione sullo svolgimento degli affari sociali). Ne risulta un rapporto diretto tra i soci amministratori e i soci non amministratori, in quanto quest'ultimi hanno il controllo diretto sull'operato dei primi.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Quando emergono delle responsabilità e il patrimonio sociale risulta danneggiato, è necessario che il risarcimento sia integrale. In tal senso l'art.2260 c.c. afferma una responsabilità nei confronti della società.

I soci

Il **controllo sull'amministrazione** è attribuito ai soci che non amministrano. A costoro, l'art. 2261 c.c. riconosce espressamente il **diritto**:

- Di *avere notizie* sullo svolgimento della gestione sociale;
- Di *consultare i documenti* di amministrazione (libri e scritture contabili);
- Di avere il *rendiconto periodico* alla fine di ogni esercizio sociale e il *rendiconto finale*.

Il diritto di informazione e controllo è un diritto personale del socio, che questi può esercitare singolarmente, ma che deve esercitare personalmente. Il suo contenuto può essere ampliato o limitato nel contratto sociale. Il socio vi può rinunciare in quanto è un diritto riconosciuto nel suo esclusivo interesse.

Per quanto riguarda la società in accomandita, i soci accomandanti hanno, come i soci accomandatari non amministratori, un potere di controllo sull'attività degli amministratori. Questo potere di controllo non è un controllo continuo come per gli accomandatari , ma è un controllo che può essere esercitato soltanto alla fine dell'esercizio sociale. Più che di un controllo dell'amministrazione, si tratta di un **controllo del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite**, consistente nel verificare l'esattezza nei dati esposti nel bilancio consultando libri e documenti della società.

Gli accomandanti hanno il diritto di controllare il bilancio come documento contabile, ma non possono sindacare l'indirizzo amministrativo dato alla società dagli accomandatari. Controllo dei conti sì, ma non controllo della gestione.

Nell'organizzazione delle società di persone non sono attribuiti particolari poteri e competenze ai soci riuniti in assemblea: anche quando la legge fa riferimento alla maggioranza dei soci e attribuisce a questa determinati poteri, non ha riferimento ad un organo collegiale, ma ha riferimento ad una pluralità di soci e alla somma delle volontà da questi manifestate.

Da ciò derivano particolari conseguenze:

a) Non sono necessarie le formalità previste per la validità della costituzione e delle deliberazioni dell'assemblea nelle società di capitali;
b) Quando il consenso della maggioranza dei soci sussiste, non è necessario conoscere l'opinione dei soci di minoranza;
c) Che anche quando la legge parla di deliberazioni dei soci, ne parla nel senso di un atto che concretizza la manifestazione di volontà dei soci singoli.

L'attività esterna: ragione sociale e sede della società

Il gruppo sociale si compone ad unità e si riconosce portatore di una propria volontà e di propri interessi giuridicamente protetti. I rapporti con i terzi si pongono con il gruppo sociale considerato nella sua unità, non con i singoli soci!

A. L'azione sociale nei rapporti esterni, presentandosi come azione unitaria di gruppo, si attua sotto una **ragione sociale**, cioè sotto un nome che valga:
    a. A puntualizzare che si tratta di un'azione di gruppo;
    b. Ad individuare il gruppo sociale cui l'azione si riferisce e al quale gli effetti di essa vanno imputati.

   Una ragione sociale è necessaria nella società semplice, nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice. La regola è che:
    - Nelle società in nome collettivo la ragione sociale debba essere costituita dal nome di uno o più soci, con l'indicazione del rapporto sociale (art. 2292, comma 1);
    - Nella società in accomandita semplice sia costituita dal nome di almeno uno dei soci accomandatari con l'indicazione di società in accomandita semplice (art. 2314, comma 1)

   Col consenso del socio o dei suoi eredi, nella ragione sociale si può conservare il nome del socio o dell'accomandatario receduto o defunto.

   L'inserzione del nome dell'accomodante nella ragione sociale importa la responsabilità solidale e illimitata dell'accomodante per le obbligazioni sociali, ove l'inclusione sia da lui consentita.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

B. Anche l'impresa collettiva deve poter essere **localizzata**, quindi anche la società ha una sua **sede**, che è il luogo in cui è posto il centro degli affari (luogo dal quale l'attività sociale è diretta, e nel quale gli affari vengono compiuti). È il luogo in cui si esplica l'attività direttiva e amministrativa.
Per quanto riguarda la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice la sede deve essere espressamente indicata nell'atto costitutivo e devono essere indicate anche le eventuali sedi secondarie. Nel caso in cui non sia stata attuata la pubblicità per la sede secondaria non incide sulla posizione della società e non determina una situazione di irregolarità.

Il potere di rappresentanza

La società agisce a mezzo dei propri **rappresentanti**, attraverso i quali:

- Acquista diritti;
- Assume obbligazioni;
- Sta in giudizio.

Il potere di rappresentanza nelle società di persone è connaturale al potere di amministrazione:

- Spetta al socio amministratore, senza la necessità di un espresso conferimento di poteri;
- Riguarda tutti gli atti che rientrano nell'oggetto della società.

Il potere di rappresentanza si commisura cioè sul potere di amministrazione, e spetta agli amministratori disgiuntamente o congiuntamente, a seconda che si versi in ipotesi di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva.

L'atto costitutivo della società può svincolare il potere di rappresentanza dal potere di amministrazione; può attribuirlo soltanto ad alcuni tra gli amministratori; può attribuirlo congiuntamente a più amministratori; può attribuirlo limitatamente a determinati atti ai singoli amministratori e per altri congiuntamente ad alcuni di essi.

Il terzo deve soltanto accertarsi che colui che contratta abbia un potere di rappresentanza; solo nel caso di società irregolare la spettanza di tale potere in capo al socio che agisce per la società viene presunta.
Il terzo cioè deve non solo accertarsi che colui che contratta abbia il potere di rappresentanza, ma altresì che l'atto rientri fra quelli ma altresì che l'atto rientri fra quelli consentiti dal contratto sociale.
Nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice (soggette a pubblicità dichiarativa), i patti che attribuiscono la rappresentanza ad alcuno soltanto dei soci o che limitano il potere di rappresentanza dei soci non sono opponibili ai terzi se non pubblicati o, nel caso di società irregolare, se non si provi che i terzi li conoscevano (artt. 2298 e 2297 c.c.). Analogo principio si applica per queste società alle limitazioni successive della rappresentanza.
Per le società semplici che non svolgono attività agricola, le limitazioni successive della rappresentanza debbono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei e, in mancanza, sono opponibili soltanto in quanto i terzi le conoscessero.

Sulla rappresentanza negoziale si commisura la rappresentanza processuale, che compete congiuntamente o disgiuntamente a seconda del modo in cui spetta la rappresentanza negoziale, salvi, nei confronti dei terzi, gli effetti che derivano dalla mancata pubblicità, quando la società sia soggetta a un regime di pubblicità dichiarativa.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Scioglimento del rapporto sociale relativamente ad un socio

Le vicende personali del socio e il contratto di società

Principio fondamentale nell'ipotesi di contratti plurilaterali è quello della **permanenza del contratto di fronte alle vicende attinenti al rapporto con un singolo contraente**, a meno che queste non si riverberino sull'intero contratto, rendendone impossibile l'esecuzione.

Le vicende personali del socio, il suo comportamento in ordine all'adempimento degli obblighi sociali, e la sua volontà di non proseguire più nel contratto non determinano lo scioglimento della società, ma soltanto lo scioglimento del rapporto sociale nei suoi confronti e la liquidazione della sua quota, e cioè una modificazione del contratto e dell'ordinamento sociale.

Questo è concepibile solo rispetto alle società con più di due soci. Rispetto ad un contratto intercorrente tra due persone, la partecipazione di ciascuna di esse è sicuramente essenziale e lo scioglimento del rapporto relativamente ad un socio in questa ipotesi determina lo scioglimento della società, se la pluralità di soci non venga ricostituita entro 6 mesi. La ricostituzione della pluralità di soci è il risultato della volontà esclusiva del socio rimasto, o richiede la cooperazione dell'altro socio, o dei suoi eredi? Nell'ipotesi di morte del socio è necessario il consenso degli eredi del socio defunto; nelle ipotesi di recesso o di esclusione del socio, il socio superstite decide lo scioglimento o la ricostituzione della società.

Le cause di scioglimento del singolo rapporto sociale

Lo **scioglimento** del rapporto sociale con un singolo socio può dipendere da cause molteplici, e precisamente dalla morte del socio, dall'esercizio del diritto di recesso, dall'esclusione.

A. Per quanto riguarda la **morte** del socio, la legge prevede tre possibili soluzioni:
   - Quella dello **scioglimento del rapporto singolo** e della continuazione della società con i soci superstiti che devono liquidare la quota agli eredi;
   - Quella dello **scioglimento della società** e della conseguente liquidazione di quest'ultima;
   - Quella della **continuazione della società** con gli eredi del defunto ove acconsentano.

   La disciplina non opera pienamente nelle società in accomandita, ove la quota del socio accomandante, che è un mero socio di capitale, si trasmette agli eredi.

   Nel contratto sociale può essere anche adottato un regolamento diverso: ad esempio si può prevedere lo scioglimento della società, o attribuire agli eredi del socio defunto la facoltà di continuare nella società senza la necessità del consenso dei soci superstiti.

   Ma i problemi più delicati si pongono con riferimento alle clausole che tendono in vario modo a **vincolare gli eredi** alla continuazione della società:
   - Sia che impongano un obbligo di continuazione (c.d. clausole con obbligo di continuazione);
   - Sia che pongano la continuazione come conseguenza automatica dell'acquisto dell'eredità (c.d. clausole di successione)

   Se pure la partecipazione alla società è conseguenza dell'accettazione dell'eredità, la responsabilità incombe all'erede in quanto socio non in quanto erede. Essa quindi è regolata dalla disciplina della società non anche da quella della successione; limitazioni della responsabilità possono sussistere solo se consentite dal tipo di società e compiuti gli adempimenti necessari. Quindi la validità della clausola di successione deve essere esclusa. È valida la clausola con obbligo di continuazione, che importa che i soci si promettono vicendevolmente che l'erede parteciperà alla società; l'erede è libero di attuare o non attuare la promessa, ma nel caso in cui il fatto promesso non si realizzi, è tenuto al risarcimento del danno.

B. Il **recesso** è lo scioglimento del rapporto sociale relativamente ad un socio che si attua per effetto di una sua dichiarazione di volontà in tal senso. Il diritto di recesso è riconosciuto:
   - Nell'ipotesi in cui la società sia contratta senza la determinazione di tempo o per la vita di uno dei soci (art. 2285, comma 1, c.c.);
   - In caso di proroga tacita della società (art. 2307 c.c.);
   - Nel caso in cui esista una giusta causa (art. 2285, comma 2, c.c.).

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nelle prime due ipotesi, la dichiarazione di recesso ha effetto decorsi tre mesi dalla comunicazione ai soci (non è immediatamente operativa).

A queste ipotesi tradizionali si aggiunge il diritto di recesso ai soci che non hanno concorso alle decisioni di trasformazione in società di capitali, di fusione e scissione, le quali possono essere adottate con il consenso della maggioranza dei soci determinata in base alla parte attribuita a ciascuno negli utili.

Il contratto sociale può:

- Attribuire il diritto di recesso in altre ipotesi;
- Modificarne il termine per la operatività;
- Subordinarne l'esercizio a condizioni diverse da quelle previste dalla legge.

È dubbio se il contratto sociale possa addirittura escludere il diritto di recesso.

C. L'**esclusione** costituisce il mezzo attraverso il quale si attua l'estromissione dalla società del socio, la cui partecipazione non può essere ulteriormente consentita essendosi modificate le basi della originaria partecipazione, per cause attinenti alla sua persona, al suo apporto o dipendenti dal suo comportamento, essendosi modificate le basi dell'ordinaria partecipazione.
La legge distingue l'**esclusione facoltativa** dall'**esclusione di diritto**.
Rispetto all'**esclusione facoltativa**, si prevede una causa *generica* e talune cause *specifiche*:

- La **causa generica** consiste nell'inadempimento grave del socio agli obblighi che derivano dalla legge e dal contratto sociale. Deve trattarsi di un adempimento grave e di obblighi che derivino al socio in tale sua qualità, non in una veste diversa.
  L'abuso della firma sociale, l'assenza ingiustificata, la mala gestione possono costituire giusta causa di revoca dell'amministratore, non anche causa di esclusione: ciò, salvo che il contratto sociale non lo preveda espressamente;
- Le **cause specifiche** sono:
  i. La sopravvenuta **incapacità legale** del socio (per effetto di interdizione, inabilitazione o condanna penale);
  ii. La sopravvenuta **impossibilità della prestazione** per cause non imputabili al socio (perimento della cosa conferita in proprietà prima che questa si acquisti alla società, perimento della cosa conferita in godimento dovuto a causa non imputabile agli amministratori, nel caso di conferimento di opera , la sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera promessa).

Le cause di esclusione facoltativa non operano automaticamente, ma autorizzano i soci a deliberare l'esclusione, la quale è l'effetto di una deliberazione della maggioranza dei soci, che produce i suoi effetti dopo 30 giorni dalla comunicazione al socio, che nello stesso termine può proporre opposizione dinanzi al tribunale e chiederne la sospensione. Nel caso di società di due soci, legittimano il socio a chiedere giudizialmente l'esclusione dell'altro socio; l'esclusione è qui effetto di una sentenza.
Le **cause di esclusione di diritto** operano invece automaticamente, senza la necessità di una deliberazione dei soci o di una sentenza. Queste cause sono:

- La dichiarazione di fallimento del socio;
- La liquidazione della quota del socio su richiesta del suo creditore particolare.

In queste ipotesi, l'estromissione del socio non dipende dalla volontà degli altri soci, ma dalla richiesta dei creditori particolari o dalla dichiarazione di fallimento, per effetto delle quali la quota del socio deve essere liquidata.

Il fondamento dell'esclusione è in entrambe ipotesi lo stesso: non vi può essere partecipazione sociale senza apporto. Queste cause di esclusione operano soltanto ove vi sia un diritto dei creditori particolari del socio a chiedere la liquidazione della quota. Soltanto su questa base, la dichiarazione di fallimento può essere riguardata come causa di esclusione. Tali cause non funzionano per le società in nome collettivo o per le società in accomandita irregolari rispetto alle quali, durante la società, i creditori particolari del socio non hanno la facoltà di distogliere la quota del socio dagli scopi sociali.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La liquidazione della quota

Lo scioglimento del rapporto sociale, per qualsiasi causa si attui, impone la definizione dei rapporti tra socio e società, la quale si attua mediante la **liquidazione della quota** del socio uscente.

Principio fondamentale è che il socio uscente o i suoi eredi non hanno diritto ad una quota proporzionale dei beni, ma soltanto ad una **somma di denaro**, e questa somma deve corrispondere a quella che il socio verrebbe a realizzare in sede di liquidazione della società.

La liquidazione della quota si attua sulla base della situazione patrimoniale del giorno in cui il rapporto con il socio si scioglie (data della morte o giorno in cui divengano operativi recesso o esclusione).

Il pagamento della quota deve avvenire nel termine di sei mesi da tale data e, se al momento dello scioglimento del rapporto vi sono operazioni in corso, deve tenersi conto dei risultati positivi o negativi di queste operazioni e corrispondentemente si deve correggere la determinazione del valore già fatta.

Lo scioglimento del rapporto, importando una modifica nel contratto sociale, deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o attraverso la pubblicità legale, a seconda dei tipi di società, per l'opponibilità ai terzi. A partire dalla data di attuazione di tale formalità, decorre l'anno entro il quale il socio illimitatamente responsabile può essere dichiarato fallito.

Lo scioglimento del rapporto non determina il venir meno della responsabilità del socio uscente o dei suoi eredi per le obbligazioni sociali antecedenti allo scioglimento. Costoro rimangono soggetti all'azione dei creditori sociali per le obbligazioni assunte durante il periodo di partecipazione alla società: i creditori sociali non possono infatti essere privati di una garanzia per effetto di una vicenda realizzatasi senza il loro consenso.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Scioglimento della società

Le cause di scioglimento della società e la loro operatività

Il contratto di società può sciogliersi per volontà dei contraenti o per altre cause previste dalla legge o dal contratto stesso.

L'art. 2272 c.c. prevede come **cause di scioglimento** della società:

1. Il decorso del **termine di durata**;
2. Il **conseguimento dell'oggetto sociale** o la **sopravvenuta impossibilità di conseguirlo**;
3. La **volontà di tutti i soci**;
4. Il **venir meno della pluralità di soci**, se nel termine di sei mesi questa non è ricostituita;
5. I **fatti considerati** nel contratto sociale come causa di scioglimento della società;
6. Il **venir meno di una partecipazione essenziale**, in conseguenza del recesso, dell'esclusione o della morte del socio;
7. Il **provvedimento dell'autorità governativa** che dispone la liquidazione coatta amministrativa e la dichiarazione di fallimento, per la società in nome collettivo e quella in accomandita;
8. Per la società in accomandita, anche il **venir meno di tutti i soci accomandanti** o di tutti i soci **accomandatari**, sempreché nel termine di sei mesi non sia sostituito il socio che è venuto meno e salva la nomina di un amministratore provvisorio, che peraltro non assume la qualità di socio accomandatario, nei sei mesi concessi per la sostituzione.

Le cause di scioglimento, in quanto si siano verificate, determinano effetti identici; non è necessario distinguere tra cause di scioglimento di diritto e cause di scioglimento facoltative. Diversità sono presenti solamente per quanto riguarda l'**accertamento** e l'**operatività**.

L'a**ccertamento**:

a) Per alcune è immediato (il decorso del tempo o la volontà dei soci);
b) Per altre può essere meno semplice e dare adito a contestazioni giudiziarie (compimento dell'oggetto sociale o impossibilità del suo conseguimento, ecc.).

Per evitare incertezze, la legge dispone che nel caso in cui la mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine dei 6 mesi o la decorrenza del termine di durata in assenza di proroga tacita siano rilevati dall'ufficio del registro delle imprese, quest'ultimo inviti gli amministratori a comunicare l'avvenuto scioglimento della società; in caso di inottemperanza, il Presidente del tribunale dispone d'ufficio la cancellazione della società.

L'**operatività**:

a) In alcuni casi la causa di scioglimento è immediatamente operativa (quando sia accertato il suo verificarsi);
b) In altri casi è stabilito eccezionalmente che l'operatività si abbia soltanto sotto determinate condizioni e decorso un determinato termine. Ciò si verifica per il venir meno della pluralità dei soci o, nella società in accomandita, di tutti i soci accomandanti o di tutti i soci accomandatari. Si ha lo scioglimento del contratto se entro 6 mesi non è stata ricostituita la pluralità dei soci.

L'operatività della causa di scioglimento importa che ciascun socio ha il diritto di trarne tutte le conseguenze che ne derivano, ma non significa anche che tali conseguenze debbano necessariamente prodursi contro la volontà dei soci. Se, pertanto, quando si è verificata una causa di scioglimento, non può essere imposta al socio, senza il suo consenso, la continuazione della società, con o senza la sua partecipazione, nulla impedisce che i soci d'accordo rendano inefficiente la causa di scioglimento.

Occorre peraltro una volontà dei soci per paralizzare l'operatività della causa di scioglimento, non anche una volontà per determinarla: gli effetti tipici si verificano automaticamente nei confronti dei soci, dei terzi, e degli amministratori, se l'operatività della causa non viene eliminata.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Gli effetti dello scioglimento

Lo **scioglimento** della società opera ***ex nunc***, non *ex tunc:*

- Determina cioè il venir meno del contratto come fonte di obbligazione in relazione all'esercizio futuro dell'attività economica che formava oggetto della società;
- Non elimina i rapporti sorti nell'esercizio di tale attività anteriormente allo scioglimento e pone la necessità di una loro definizione.

Il contratto sociale non vincola più i soci allo svolgimento in comune di un'attività economica a scopo di lucro, ma li vincola al regolamento dei rapporti conseguenti all'attività svolta.

Con lo scioglimento del contratto non si ha pertanto il venir meno dell'organizzazione sociale, ma soltanto il determinarsi di una nuova direzione della sua attività: la **liquidazione**, e cioè la definizione dei rapporti già posti in essere.

L'espressione liquidazione si riconnette all'idea di una conversione in denaro del patrimonio sociale; questo può essere il mezzo più pratico per arrivare alla definizione dei rapporti sociali, ma la conversione in denaro non è essenziale al concetto di liquidazione. I soci possono scegliere qualunque altro mezzo e possono persino eliminare la liquidazione come fase della vita sociale.

A seguito della liquidazione permangono le caratteristiche dell'organizzazione: la destinazione dei beni a garanzia dei terzi aventi rapporti con la società; la preferenza riconosciuta ai creditori sociali rispetto a quelli particolari del socio; gli effetti del vincolo sociale tra i soci permangono per tutto ciò che è stato compiuto anteriormente allo scioglimento.

La disintegrazione del gruppo sociale come collettività organizzata dotata di capacità giuridica e processuale è l'effetto della ripartizione tra i soci del patrimonio della società, la quale può avvenire in quanto siano definiti i rapporti tra società e terzi.

La **fase** della liquidazione risulta essere susseguente allo scioglimento e antecedente alla ripartizione del patrimonio sociale tra i soci.

Lo scioglimento del contratto non determina l'estinzione della società, ma il passaggio della società dalla **fase attiva** alla **fase di liquidazione**. Si tratta di una modificazione che incide:

a. Rispetto ai **soci**: gli effetti del contratto permangono soltanto per ciò che riguarda la definizione dei rapporti sociali preesistenti. Sorge il diritto di avere la quota di liquidazione, che non può essere soppresso neppure con una deliberazione di maggioranza.
   Ai fini della determinazione della quota di liquidazione la legge considera due elementi:
   - Il valore del conferimento.
   - La parte che spetta al socio nei guadagni (normalmente proporzionale al conferimento).

   Tale proporzionalità può anche non esservi: è necessario quindi prima provvedere al rimborso dei conferimenti poi alla ripartizione dei guadagni.
   Il valore del conferimento deve stabilirsi in relazione al momento in cui il conferimento fu eseguito (quando si tratta di conferimento in natura e non sia stato valutato nel contratto sociale).
   Le variazioni di valore che si verificano successivamente, anche se dipendono solo dalla variazione monetaria, vanno considerate tra i guadagni o tra le perdite e vanno pertanto suddivise tra i soci nella proporzione stabilita per la ripartizione dei guadagni o per la sopportazione delle perdite, la partecipazione alle quali si presume della stessa misura di questi ultimi.
   Essendo il contratto ormai sciolto, non è più ammissibile l'esercizio del diritto di recesso, l'esclusione del socio, o la liquidazione della quota ai suoi eredi a seguito della morte di lui;
b. Rispetto ai **creditori particolari**, viene meno la possibilità di chiedere la liquidazione della quota del socio loro debitore, nella ipotesi in cui sia ammessa. Essi devono attendere l'esaurimento della liquidazione per far valere i propri diritti;
c. Rispetto agli **amministratori**, il loro potere di amministrazione si riduce al compimento degli atti necessari alla conservazione del patrimonio sociale, in attesa che siano presi provvedimenti per la liquidazione. Entro questi limiti si riduce anche il potere di rappresentanza. Tuttavia la limitazione è opponibile ai terzi se siano stati adempiuti obblighi di pubblicità di fatto o legale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nessuna modificazione si determina invece nei confronti dei creditori sociali e in genere dei contraenti con la società. I rapporti con i terzi non si sciolgono, i contratti debbono trovare esecuzione e permangono le garanzie.

d. Anche rispetto alla **società**, la modificazione riguarda piuttosto l'organizzazione interna che non l'aspetto esterno. Nell'organizzazione interna, i liquidatori prendono il posto degli amministratori l'autonomia patrimoniale e la capacità giuridica o processuale rimangono inalterate. La restrizione non tocca la capacità giuridica della società, la quale è generale.

La fase di liquidazione

Le **modalità della liquidazione** possono essere stabilite nel contratto sociale o possono essere determinate d'accordo tra i soci quando si verifica la causa di scioglimento.

Le norme del codice in materia di liquidazione hanno una funzione suppletiva, si applicano in mancanza di un diverso regolamento negoziale.

L'unico limite posto all'autonomia privata dei soci è rappresentato dalla impossibilità da parte loro di eliminare quei diritti che i creditori sociali hanno sul patrimonio sociale, senza il loro consenso.

Se lo scioglimento del contratto è effetto della dichiarazione di fallimento o di una disposizione dell'autorità, la liquidazione si attua sotto il controllo del tribunale o dell'autorità amministrativa, secondo le norme proprie del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa.

Nella fase di liquidazione l'organizzazione della società si accentra nella persona dei **liquidatori**.

A. **I liquidatori** sono nominati dai soci, nel contratto sociale o al momento dello scioglimento della società, e, in caso di disaccordo, dal Presidente del tribunale. I liquidatori possono essere revocati dai soci o, nel caso di giusta causa, dal tribunale su richiesta di uno di essi.

   Se la nomina è contenuta nel contratto sociale, sarà pur sempre necessario un atto di investitura nelle funzioni al momento dello scioglimento del contratto.

   La nomina e la revoca dei liquidatori devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o assoggettate alla pubblicità legale (art. 2309 c.c.).

B. Ai liquidatori è essenzialmente commesso di attuare gli scopi che della società in liquidazione sono propri, e cioè di addivenire alla definizione dei rapporti della società con i terzi al fine di consentire la ripartizione del patrimonio residuo tra i soci.

   La posizione giuridica dei liquidatori è analoga a quella degli amministratori, dei quali assumono gli obblighi e la responsabilità. Essi rappresentano la società anche in giudizio.

   I liquidatori devono prendere in consegna dagli amministratori i beni e i documenti sociali e redigere con questi l'inventario dal quale risulti lo stato attivo e lo stato passivo del patrimonio sociale. Gli amministratori devono anche consegnargli il conto della gestione relativo al periodo successivo all'ultimo rendiconto.

   I poteri dei liquidatori sono determinati dalla legge positivamente e negativamente.

   a. Da un lato, la legge fissa un **contenuto minimo** dei poteri (i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti necessari per la liquidazione) e un **contenuto normale** (se i soci non hanno disposto diversamente, i liquidatori possono vendere anche il blocco di beni della società, fare transazioni e compromessi).
   b. D'altro lato, la legge esclude il potere dei liquidatori di intraprendere nuove operazioni, e cioè atti che trovino la ragion d'essere nello svolgimento dell'attività speculativa, che già formava oggetto della società, ed espressamente dispone che, contravvenendo a tale divieto, essi rispondono personalmente e solidalmente per gli affari intrapresi.

   Il divieto di compiere nuove operazioni riguarda i liquidatori, non la società, la cui capacità giuridica non viene limitata; la mancanza di potere del liquidatore è opponibile ai terzi. L'atto compiuto dal liquidatore, non vincola la società, ma vincola personalmente il liquidatore.

C. Il **compito** specifico dei liquidatori è quello di definire i rapporti della società con i terzi: i liquidatori non possono ripartire tra i soci, neppure parzialmente, i beni sociali fin quando non siano stati pagati i creditori della società o non siano accantonate le somme necessarie per pagarli.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La violazione di un siffatto divieto importa la responsabilità dei liquidatori, ed anzi accanto alla responsabilità civile la legge prevede una responsabilità penale nel caso in cui essi, ripartendo i beni sociali tra i soci prima del pagamento dei creditori sociali, cagionino danno ai creditori medesimi (art. 2633 c.c.)

La violazione del divieto non importa né l'invalidità della ripartizione, né la possibilità di considerare come non estinta la società, nel caso in cui tutti i beni siano ripartiti. I creditori sociali non hanno altro rimedio per impedire l'efficacia della ripartizione operata in loro danno che quello della revocatoria.

Il divieto di ripartizione tra i soci dei beni sociali non impedisce la restituzione dei beni conferiti in godimento.

Ai fini del soddisfacimento dei creditori sociali, se i fondi disponibili risultino a tal fine insufficienti, è attribuito ai liquidatori il potere di chiedere ai soci:

a. I versamenti ancora dovuti sulla rispettiva quota;
b. Ove occorra, le somme necessarie nei limiti della rispettiva responsabilità e in proporzione della parte di ciascuno nelle perdite.

Nella medesima proporzione si ripartisce tra i soci il debito del socio insolvente.

La ripartizione del patrimonio tra i soci e l'estinzione della società

Con la definizione dei rapporti con i terzi la liquidazione è chiusa. I liquidatori debbono dar conto del loro operato attraverso la redazione del **bilancio finale di liquidazione** (art. 2311 c.c.), e i soci hanno diritto di dividersi tra loro il patrimonio residuo in proporzione delle loro quote (art. 2282 c.c.).

Definiti i rapporti con i **creditori sociali**, viene meno il vincolo di destinazione sui beni che costituiscono il patrimonio della società e rispetto a questi si determina tra i soci una comunione *pro indiviso*: la ripartizione tra i soci delle attività residue avviene tramite un negozio divisionale, assoggettato alle norme sulla divisione delle cose comuni.

La **ripartizione** deve attuarsi con il consenso dei soci condividenti: le operazioni divisionali non rientrano nei compiti dei liquidatori, i quali si limitano a predisporre un piano di riparto che diviene vincolante per i soci solo se da questi accettato (anche tacitamente). Da ciò deriva che alla ripartizione dei beni sociali è applicabile l'istituto della rescissione per lesione.

La necessità della liquidazione della società non impone necessariamente che il patrimonio sociale debba essere convertito in danaro e che ai soci debba essere attribuita una somma in sede di divisione. Può essere convenuto tra i soci il permanere della comunione, così come può essere convenuta la divisione in natura dei beni.

L'ipotesi normale è quella dell'attribuzione di una **somma di denaro**, e per questo i liquidatori debbono predisporre un piano di riparto e sottoporlo all'approvazione dei soci (art. 2311 c.c.).

Per le società in nome collettivo e in accomandita semplice è espressamente previsto un sistema di approvazione tacita, ritenendosi approvato il bilancio di liquidazione e accettato il piano di riparto nel caso in cui questi non siano stati impugnati entro 2 mesi dalla comunicazione.

Una volta approvato il bilancio di liquidazione, la **società si estingue** e i liquidatori debbono chiedere la **cancellazione della società dal registro delle imprese**. Dalla cancellazione decorre il termine di un anno entro il quale la società può essere dichiarata fallita.

Avvenuta la cancellazione, i creditori che eventualmente fossero rimasti insoddisfatti non potranno più rivolgersi alla società ma potranno soltanto far valere i loro crediti integralmente, nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, o nei limiti della quota di liquidazione, se si tratta di soci senza responsabilità, così come potranno agire, nel caso di colpa dei liquidatori, anche nei confronti di questi.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo III
Le società di capitali

Premesse

Ambito della categoria e differenziazione dei vari tipi

La categoria delle società organizzate su base capitalistica comprende:

- La **società per azioni**;
- La **società a responsabilità limitata**;
- La **società in accomandita per azioni**.

Il codice fissa per ciascun tipo il regime della responsabilità disponendo che:

- Nella società per azioni e nella società a responsabilità limitata la garanzia delle obbligazioni sociali è costituita soltanto dal **patrimonio della società**, alla quale si aggiunge quella dell'unico socio, ma solo in presenza di violazioni di specifiche norme di legge;
- Nella società in accomandita per azioni la garanzia delle obbligazioni sociali è costituita anche dal **patrimonio dei soci accomandatari**, mentre i soci accomandanti sono soltanto obbligati nei limiti della quota di capitale sottoscritto.

Società per azioni e società a responsabilità limitata hanno come elemento comune il **regime di responsabilità**, ma si differenziano in quanto:

- Nella prima le quote di partecipazione dei soci sono rappresentate da azioni;
- Nella seconda le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico.

I tipi societari sono stati riformati col D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6:

A. Nella **società per azioni** assume un particolare rilievo la disciplina del finanziamento di impresa, risultando perciò particolarmente ricca ed articolata la gamma dei modi con cui i soci possono contribuire al suo finanziamento, con la conseguenza che la posizione del socio è fondamentalmente pensata in termini di estraneità rispetto alla gestione dell'impresa sociale. Per quest'ultima diviene imprescindibile un'organizzazione rigida.
   Le società per azioni vengono utilizzate non soltanto per fini di profitto, ma anche per finalità di interesse generale: i primi esemplari storici vennero creati con l'obiettivo di raccogliere risparmio privato in organizzazioni strumentali per la politica statale.
   La società per azioni, distinguendo chi investe da chi gestisce l'impresa, si presta al perseguimento di interessi che sono fra loro anche eterogenei, ivi compresi quelli pubblici.
   Pur a fronte della scelta di dettare una disciplina tendenzialmente unitaria e che dunque risulta applicabile a tutte le società, anche non per azioni, e di permettere a queste ultime di assumere la qualità di socio o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi soltanto in società per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, di ciò permangono molteplici tracce nell'ordinamento vigente, fra cui le più importanti sono:
   - L'esplicita previsione nel codice civile della figura delle società di interesse nazionale;
   - La disciplina dell'art. 2449 c.c., con la quale si prevede ora la possibilità che le clausole statuarie di società cui partecipano lo stato o enti pubblici riservino a essi la facoltà di nominare e revocare un numero di amministratori e/o sindaci proporzionale alla loro partecipazione al capitale sociale;
   - La disciplina di cui al D.L. 15 marzo 2012, n. 21, convertito nella legge 11 maggio 2012 , n. 56, che prevede poteri speciali con riferimento alle società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e a quelle che possiedono attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.
     Tali poteri, pur potendo competere all'autorità politica indipendentemente da ogni partecipazione dello stato alla società, per il loro stesso contenuto sono in grado di incidere profondamente sul significato dell'investimento azionario nelle società in discorso. Significativo è in particolare che essi possano comprendere sia il potere di opporsi all'assunzione di partecipazioni rilevanti, sia un potere di veto rispetto all'adozione di deliberazioni ritenute particolarmente significative, come quelle di scioglimento, cessione dell'azienda, scissione, trasferimento della sede all'estero e cambiamento dell'oggetto sociale.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

B. Nelle **società a responsabilità limitata** viene preso in considerazione non solo l'interesse finanziario, ma anche l'interesse imprenditoriale dei soci, ai quali vengono riconosciuti incisivi poteri di indirizzo e controllo rispetto all'attività amministrativa della società, con la conseguenza che all'autonomia statuaria sono consentiti ampi margini nel modo di congegnare l'organizzazione sociale e che alla società è precluso l'accesso al mercato finanziario e di avvalersi direttamente degli strumenti in esso negoziati.

In questo senso la riforma delle società di capitali supera decisamente l'assetto normativo che risultava nella disciplina originaria del codice del 1942, ove la società a responsabilità limitata corrispondeva in buona parte alla anonima per quote prevista nel codice di commercio del 1882. Oggi tale tipo societario ha una collocazione intermedia tra società di persone e società di capitali.

Per questo aspetto, intento della riforma era quello di offrire agli operatori economici una più articolata possibilità di scelta tra modelli di organizzazione imprenditoriale realmente differenziati e di consentire anche alle imprese societarie di minore dimensioni di usufruire del beneficio della limitazione di responsabilità, senza necessariamente doversi assoggettare alla rigida e complessa struttura organizzativa della società per azioni, e senza che i soci debbano essere inevitabilmente estranei alla gestione della società.

Mentre nella società per azioni il capitale sociale minimo è fissato a cinquanta mila euro, nella società a responsabilità limitata il capitale minimo può essere persino 1 euro.

C. La **società in accomandita per azioni** è una società per azioni modificata dalla posizione che taluni azionisti assumono rispetto agli altri. Siamo di fronte a due categorie differenziate di azionisti:
   - Gli accomandanti rilevano nella struttura della società soltanto come azionisti;
   - Gli accomandatari rilevano, oltre che come azionisti, anche come persone.

   Ciò spiega il perché in alcune situazioni gli accomandatari assumono in sé tutti i poteri che sono inerenti alla loro duplice posizione: cosicché quando è richiesto il loro consenso personale, essi, negandolo, possono impedire il formarsi della volontà sociale, anche se la loro partecipazione azionaria non era tale da consentire loro di determinare la volontà assembleare.

   Fra le posizioni soggettive degli accomandatari assume un rilievo preminente il **potere di amministrazione**, il fatto cioè che essi sono amministratori di diritto. La loro posizione personale non si esaurisce tuttavia nel campo dell'amministrazione, infatti:
   - L'art. 2457 prevede che con il loro consenso possono sostituire uno degli amministratori;
   - L'art. 2460 prevede che con il loro consenso possono modificare l'atto costitutivo.

   La società per azioni e la società in accomandita per azioni:
   - Hanno come elemento comune la struttura azionaria della partecipazione, dal momento che, in entrambi i casi, le quote di partecipazione dei soci sono rappresentate da azioni;
   - Si differenziano tra loro in funzione del diverso regime di responsabilità.

   Inoltre:
   - Nella società per azioni la garanzia delle obbligazioni sociali è costituita soltanto dal patrimonio della società.
   - Nella società in accomandita per azioni la garanzia delle obbligazioni sociali è costituita dal patrimonio dei soci accomandatari i quali rispondono illimitatamente e solidamente, mentre i soci accomandanti sono soltanto obbligati nei limiti della quota di capitale sottoscritta.

   La differenza tra la società in accomandita per azioni e la società in accomandita semplice non riguarda solamente l'organizzazione, ma riguarda anche la posizione degli accomandatari. Questi in definitiva non sono altro che **amministratori** di diritto della società, e la loro responsabilità illimitata è conseguenza del diritto di amministrare che ad essi spetta per legge, sì che la responsabilità sussiste fin quando il diritto di amministrazione permane.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Gli accomandatari sono quindi responsabili per i debiti sociali, seppur nei due casi a titolo diverso, infatti:

a. L'obbligazione incombe sugli accomandatari in quanto soci.
b. La responsabilità incombe invece sugli accomandatari in quanto amministratori di diritto.

La qualità di accomandatario non è, come nelle società in accomandita semplice una qualità permanente, ma corrisponde ad una posizione concreta che il socio assume nella organizzazione sociale e che permane fin quando tale posizione concreta si verifica.

L'accomandatario è un socio come gli altri e in tale qualità assume le stesse obbligazioni degli altri: siccome tuttavia si è assicurata una posizione nella società che gli conferisce il diritto di amministrare, come contropartita gli è imposta la responsabilità illimitata e solidale. Ma la società può far cessare quando voglia, salvo l'obbligo del risarcimento del danno ove non sussista una giusta causa, questa posizione del socio, revocandolo da amministratore: e in tal caso, alla cessazione dall'ufficio consegue la cessazione della responsabilità illimitata.

Si è concretata così nella disciplina dell'accomandita per azioni l'idea di una società per azioni organizzata su nuove basi, le quali assicurano una stabilità degli organi amministrativi, sottraendoli alle mutevoli determinazioni delle maggioranze azionarie.

La personalità giuridica

Elemento comun alle società organizzate su base capitalistica è, nella visione del legislatore, la **personalità giuridica**.

Per effetto del riconoscimento della personalità giuridica si determina una completa autonomia della società dalle persone giuridiche, sia nei rapporti interni, sia nei rapporti esterni. Si crea in tal modo un diaframma tra i singoli soci e tra i soci e i terzi.

Questo diaframma è rappresentato appunto dalla **società**, e tutti i diversi rapporti, interni ed esterni, debbono necessariamente passare attraverso questo diaframma.

- I **rapporti esterni** si pongono tra società e terzi;
- I **rapporti interni** si pongono tra soci e società, e non anche tra soci.

La società ha una propria **organizzazione**, un proprio **patrimonio** e una propria **volontà**, una propria **denominazione** e una propria **sede**.

La denominazione sociale può essere liberamente formata nelle società per azioni, ma anche nella società a responsabilità limitata, purché naturalmente essa non crei confusione con quella prescelta da altra società.

Per la società in accomandita per azioni la denominazione della società è costituita dal nome di almeno uno dei soci accomandatari con la indicazione di società in accomandita per azioni.

La sede della società è il luogo nel quale è posto il centro amministrativo degli affari sociali. Se la sede dichiarata nell'atto costitutivo e risultante dal registro delle imprese è diversa dalla fede effettiva, i terzi, in applicazione dell'art. 46 c.c., possono considerare come sede anche quest'ultima.

L'ente ha una funzione meramente strumentale rispetto alla realizzazione degli **interessi dei soci**, i quali rimangono pur sempre, sia nella fase attiva che in quella di liquidazione, i cardini della società.

La personalità giuridica non pone la società al di fuori dei soci in un piano superiore e diverso, non la estrania dai loro particolari interessi. La società si pone in funzione dei soci e dei fini che questi intendono realizzare.

Ai soci spetta di determinare l'attività sociale; di fissarne le direttive; di porre ad essa termine; di scegliere il modo più conveniente per realizzare dei fini contrattuali.

La **società**, come persona giuridica, è appunto la collettività dei soci fatti assurgere ad unità sotto l'aspetto funzionale. L'interesse della società è l'interesse della collettività dei soci. come tale esso normalmente coincide con quello dei singoli soci, ma in talune situazioni può essere addirittura in contrasto con quello del singolo socio.

Solo in questo senso può parlarsi di un interesse sociale come superiore e distinto da quello del socio; nel senso che l'interesse della collettività, cioè l'interesse di tutti, deve prevalere sull'interesse eventualmente contrastante dei singoli soci. Ma questa superiorità dell'interesse sociale trova la sua giustificazione nella comunione di interessi che si realizza attraverso il contratto di società.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I c.d. diritti individuali

La strumentalità della persona giuridica rispetto alla società importa la **intangibilità** da parte dell'ente di quelle posizioni giuridiche soggettive che competono al socio sulla base del contratto di società.
Questa intangibilità viene espressa con l'affermare che queste posizioni giuridiche soggettive costituiscono diritti individuali dei soci. I **diritti individuali dei soci** sono tutti quei diritti che non possono essere toccati da una manifestazione della volontà dell'ente.
Tuttavia, questa categoria accomuna situazioni sostanzialmente diverse nel loro fondamento e nella loro origine, e quindi anche nella loro regolamentazione giuridica.
Rispetto ai diritti che competono al socio come terzo o che sono ad esso individualmente riconosciuti nel contratto sociale, l'intangibilità da parte dell'ente dipende da ciò che l'ente ha il potere di disporre di interessi propri. Siamo in un campo in cui la volontà della persona giuridica non ha possibilità di prevalere, dato che a nessun soggetto è dato di influire nella sfera giuridica di un altro soggetto. L'eventualità è espressamente regolata in materia di società a responsabilità limitata: si prevede, infatti, che l'atto costitutivo può attribuire a singoli soci *particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili*: per poterli modificare, risulta necessario il consenso di tutti i soci.
Diversa è invece la situazione rispetto a quelle posizioni giuridiche che competono al socio nell'ambito dell'organizzazione sociale. Qui la posizione del socio è necessariamente subordinata alla posizione della collettività, che attraverso la persona giuridica si esprime. E qui il problema si pone nel senso di una impossibilità da parte della persona giuridica di modificare con un suo atto di volontà quei caratteri essenziali che individuano e contraddistinguono la comunione di interessi creata col contratto.
L'intangibilità di questi diritto non è pertanto assoluta, e molteplici sono le indicazioni legislative che valgono a individuarne i limiti.

La stessa legge ribadisce la subordinazione della posizione del socio rispetto a quella della società con il prevedere che:

- Il voto non possa essere esercitato dal socio in posizione di conflitto;
- L'assemblea debba deliberare sulla distribuzione degli utili;
- Il diritto di opzione possa essere escluso o limitato, quando l'interesse della società lo esiga.

Appare chiaro che non vi sono posizioni giuridiche soggettive del socio **intangibili** da parte della società. È anzi persino possibile con un atto di volontà sociale modificare una comunione di interessi di tipo societario in una comunione di interessi di tipo diverso: a maggior ragione, quando i caratteri propri della comunione di interessi prescelta rimangono fermi, la supremazia degli interessi della società su quelli particolari dei singoli soci non può essere negata.
Se il sacrificio dell'interesse del socio è ammissibile da parte della società e con un atto di volontà sociale, questo non significa anche che esso possa essere arbitrario. Due principi devono presiedere all'azione della società:

- Il **principio** della **parità di trattamento**, nel senso che il sacrificio deve incidere su tutti i soci nella stessa misura;
- Il **principio** per cui il **sacrificio dell'interesse del socio** deve trovare *una giustificazione nell'interesse sociale.*

Naturalmente, essendo compito della stessa collettività di valutare quali sono le proprie esigenze e i propri interessi, soltanto in ipotesi eccezionali sarà consentito al socio singolo di impedire che il suo interesse individuale sia sacrificato.

La società unipersonale

La società come fenomeno di gruppo postula almeno due soci. Parlare quindi di società unipersonale potrebbe in termini logici apparire addirittura un non senso. Questa sensazione di contraddittorietà svanisce se la società si considera come un modo per destinare un patrimonio e organizzare un'attività.
In tal senso il riconoscimento della possibilità di una società unipersonale vale a sottolineare la rilevanza della dimensione organizzativa del fenomeno societario nelle società di capitali. L'organizzazione può permanere anche quando un rapporto contrattuale non sussiste più o non è mai stato costituito.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano:

- Il codice del 1942 esclude che la società per azioni o a responsabilità limitata possa essere costituita ad opera di una sola persona, ma consente la successiva appartenenza di tutte le partecipazioni ad un solo soggetto; in tal caso però, nell'ipotesi di insolvenza della società, era presente la responsabilità illimitata dell'unico socio.
- L'emanazione della dodicesima Direttiva in materia societaria ha ritenuto opportuno distinguere nettamente la disciplina delle società per azioni e di quelle a responsabilità limitata: solo per queste ultime infatti ha consentito la costituzione per atto unilaterale e solo per esse ha ammesso che, la situazione di unipersonalità, non comporti il venir meno della responsabilità limitata.

A seguito della riforma delle società di capitali, il sistema si presenta adesso in termini unitari: anche la società per azioni, e non solo quella a responsabilità limitata, può assumere fin dall'origine carattere unipersonale e, in entrambi i casi, l'unico socio non risponde, in via di principio, delle obbligazioni sociali, salvo che in ipotesi oggi effettivamente eccezionali.

A. Con riferimento al primo profilo, una società può non soltanto divenire unipersonale per la successiva riunione delle partecipazioni in un'unica mano, ma risultare tale anche al momento della costituzione, può essere quindi **costituita con atto unilaterale**.
   Si comprende d'altra parte l'esigenza di particolari cautele al fine di garantire la serietà dell'iniziativa assunta e di tutelare i terzi che con essa entrino nel contratto. Perciò la legge:
   a. Prevede che in tale ipotesi tutti i conferimenti debbano essere interamente eseguiti all'atto della sottoscrizione, disponendo, in caso di inosservanza, la responsabilità illimitata dell'unico socio per le obbligazioni sorte nel periodo in cui tutte le partecipazioni sono appartenute a costui;
   b. Estende al socio fondatore la responsabilità originariamente prevista per coloro che compiono operazioni in nome della società prima della sua iscrizione nel registro delle imprese.

B. Con riferimento al secondo profilo, il dato di maggior rilievo di questa nuova disciplina è rappresentato dal riconoscimento che anche per le società unipersonali può permanere il beneficio della limitazione di responsabilità (art. 2325 c.c.).
   Se la soluzione tecnica adottata implica in via di principio l'applicazione della disciplina societaria, ciò non può impedire di tener conto dei pericoli impliciti per i terzi che entrino in contatto con la società unipersonale.
   a. Perciò la legge impone una pubblicità della situazione di unipersonalità, del suo mutare e del mutare della persona dell'unico socio. La legge prevede quindi il deposito, a cura degli amministratori o dello stesso socio, nel registro delle imprese; tale deposito deve essere effettuato entro 30 giorni. A questi fini si prevede inoltre che la situazione di unipersonalità debba essere indicata negli atti e nella corrispondenza della società.
   b. La legge sottopone poi ad una particolare disciplina i contratti tra la società ed il suo unico socio e le operazioni della prima a favore del secondo.

Per quanto riguarda le ipotesi, come detto circoscritte ed eccezionali, di responsabilità illimitata dell'unico socio, vale a dire quelle di mancata esecuzione integrale dei conferimenti e quella di mancata attuazione della prescritta pubblicità della situazione di unipersonalità, il problema praticamente più rilevante è se esse debbano ravvisarsi:

- Soltanto nelle c.d. *echte Einmanngesellschaften*, cioè nelle società in cui le azioni sono tutte materialmente nelle mani di una sola persona;
- Anche nelle c.d. *wirtschaftliche Einmanngesellschaften*, e cioè in quelle società che, pur in presenza di una pluralità di soci, tuttavia sono costituite e funzionano nell'interesse di una sola persona che eserciti monopolisticamente i poteri di controllo della società.

Sembra doversi dare ragione a quella dottrina che afferma la responsabilità dell'azionista anche nell'ipotesi in cui una parte infinitesimale delle azioni sia intestata a un prestanome o a una testa di legno.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I patrimoni destinati ad uno specifico affare

L'evoluzione della disciplina della società unipersonale segnala una tendenza più ampia con riferimento allo stesso tema della limitazione della responsabilità.

Limitatamente alla società per azioni, il modello organizzativo appunto maggiormente perfezionato, è ora consentita un'ulteriore ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale, questa volta riferita ad una porzione soltanto del patrimonio sociale: l'ipotesi dei patrimoni **destinati ad uno specifico affare**, prevista dall'art. 2447-*bis*.

L'unica tutela è prevista in ordine quantitativo, in quanto la destinazione patrimoniale non può avere ad oggetto valori complessivamente superiori al 10% del patrimonio netto della società.

Tramite la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare, la società unipersonale può articolare la propria responsabilità patrimoniale, creando masse patrimoniali tra loro distinte, a cui corrispondono **diverse classi di creditori**. Tale meccanismo consente:

- Di isolare i beni e i rapporti relativi allo specifico affare dal restante patrimonio della società;
- Di destinare in via esclusiva tali beni non solo allo svolgimento dello specifico affare, ma anche alla garanzia dei creditori ad esso relativi, cioè dei titolari di crediti nascenti da atti compiuti nel corso di tale svolgimento.

Si assiste dunque ad una **separazione patrimoniale** in base alla quale:

- I creditori relativi allo specifico affare potranno soddisfarsi sul patrimonio separato;
- Gli altri potranno soddisfarsi sul patrimonio residuo.

La separazione tra le diverse masse patrimoniali non è **assoluta**:

- Per un verso, essa opera soltanto con riferimento alle obbligazioni contrattuali, non anche con riferimento a quelle derivanti da atto illecito, delle quali la società risponde con l'intero suo patrimonio;
- Per altro verso, delle obbligazioni contrattuali assunte in relazione allo specifico affare, la società risponde limitatamente al patrimonio destinato a condizione che l'atto dal quale sorge l'obbligazione rechi espressa menzione del vincolo di destinazione.

Infine, la società può prevedere che le obbligazioni contratte dalla società in relazione allo specifico affare siano garantite, oltre che dal patrimonio separato, anche da quello residuo: resta invece fermo che gli altri creditori (contrattuali) non possono far valere alcun diritto sul patrimonio separato.

Nel sistema delineato dalla legge possono individuarsi quattro diversi regimi di responsabilità patrimoniale:

- Illimitata per le obbligazioni derivanti da atto illecito;
- Limitata al patrimonio residuo cioè non destinato a specifici affari, per le obbligazioni non contratte in relazione ad uno specifico affare;
- Limitata al patrimonio destinato per le obbligazioni relative ad uno specifico affare, in assenza di una diversa disposizione della deliberazione costitutiva del patrimonio destinato;
- Limitata al patrimonio destinato ed a quello residuo per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare a fronte di una disposizione in tal senso.

La deliberazione costitutiva del patrimonio destinato è adottata a **maggioranza assoluta** dall'organo amministrativo, salva diversa disposizione dello statuto.

Essa deve indicare:

- L'affare a cui il patrimonio è destinato e i beni e i rapporti in esso compresi;
- Il piano economico-finanziario dal quale risulti la congruità del patrimonio rispetto all'affare;
- Le modalità e le regole relative all'impiego del patrimonio;
- Le eventuali garanzie offerte ai terzi;
- Le regole di rendicontazione dell'affare.

La legge si preoccupa di assicurare la **separatezza dei patrimoni**, di evitarne cioè una confusione che potrebbe risultare di pregiudizio per una o più classi di creditori. Ed è perciò che, nel caso di fallimento,

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

si prevede ora una specifica ragione di responsabilità per gli amministratori e per i componenti degli organi di controllo nell'ipotesi di violazione di tale principio di separatezza.

Per ciascun patrimonio destinato si prevede:

- La tenuta di una contabilità separata;
- La redazione di un separato rendiconto da allegarsi al bilancio;
- La redazione di un rendiconto finale da depositare.

Entro novanta giorni dal deposito del rendiconto finale i creditori relativi all'affare rimasti insoddisfatti possono chiedere alla società la liquidazione del patrimonio destinato, al fine di potersi soddisfare in via prioritaria sui beni che lo compongono.

La legge prevede del resto una ulteriore forma di separazione patrimoniale, quella dei **finanziamenti destinati ad uno specifico affare**; si consente in particolare alla società di convenire che i proventi di quest'ultimo siano in tutto o in parte destinati in via esclusiva al rimborso del finanziamento.
In questa ipotesi, la separazione si innesta su di un contratto di finanziamento e si risolve nell'opponibilità agli altri creditori sociali della clausola con la quale si vincolano i proventi alla soddisfazione del finanziatore.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitale, conferimenti e partecipazioni

Il capitale sociale e le riserve

Altro elemento comune alle società organizzate su base capitalistica è rilevanza determinante che nella struttura organizzativa assume il **capitale sociale**.

Il capitale sociale è l'ammontare, stabilito nell'atto costitutivo della società ed espresso nella moneta avente corso legale nello stato nel quale la società è costituita, del valore complessivo dei conferimenti compiuti dai soci.

Il capitale sociale è una **cifra indicativa**, che assume un valore essenzialmente formale e che si differenzia dalla nozione di patrimonio della società.

Il capitale è sempre espresso in termini monetari e pertanto prescinde dalla natura dei beni che hanno formato oggetto dei conferimenti dei soci, e rimane identico nonostante il variare o il trasformarsi dei beni inizialmente conferiti.

La nozione di capitale sociale ha fondamentalmente rilievo nelle società capitalistiche. Esso si coglie principalmente in due aspetti:

- Quello propriamente **organizzativo**, in quanto la posizione del socio e i suoi diritti nella società essenzialmente di definiscono e si misurano in base al contributo che ha dato alla formazione del capitale;
- Quello propriamente **patrimoniale**, poiché tramite la disciplina del capitale e la sua tutela si persegue indirettamente una tutela anche del patrimonio sociale.

Normalmente la partecipazione al capitale sociale è determinate in misura proporzionale al valore del conferimento. Il che però non è in ogni caso necessario: infatti è espressamente prevista la possibilità di alterare siffatta corrispondenza, di riconoscere cioè al socio singolo, mediante apposita clausola statuaria, una partecipazione al capitale.

Questo ruolo organizzativo del capitale spiega l'esigenza di distinguere nettamente il capitale dal **patrimonio sociale**, che individua invece il complesso delle posizioni giuridiche attive e passive che fanno capo alla società.

Ciò non significa che la determinazione del capitale sociale sia assolutamente libera e possa prescindere del tutto dalla consistenza del patrimonio sociale. La disciplina del primo svolge anche un ruolo fondamentale per la tutela del secondo e quindi per la tutela dei terzi che ad esso si rivolgono per soddisfare le proprie pretese. La legge:

- Prevede un **capitale sociale minimo** pari a cinquantamila euro per le società per azioni, e un capitale minimo di un euro per le società a responsabilità limitata;
- Assegna alla cifra del capitale sociale un valore **indicativo** in merito alla consistenza patrimoniale della società, e richiede perciò che la sua entità sia indicata negli atti e nella corrispondenza della società e, ove vi sia, nel suo sito *internet*.

Per quanto riguarda la società a responsabilità limitata, l'art. 2463 c.c., pur continuando ad indicare il minimo legale di capitale nella misura di diecimila euro, permette poi ai soci di fissarlo anche in misura inferiore a tale soglia, purché pari almeno ad un euro, a condizione che tutti i conferimenti siano effettuati in denaro e siano integralmente versati all'atto di sottoscrizione. La società a responsabilità limitata con capitale inferiore a diecimila euro è ammessa ad usufruire dell'esenzione dai diritti di bollo e di segreteria e dalla corresponsione degli onorari notarili.

Tale ruolo indicativo è espresso dall'esigenza che, sia inizialmente che durante la società, il valore del patrimonio sociale non scenda, oltre certi limiti, al di sotto della cifra indicata come capitale sociale.

Viene imposta la necessità che il valore complessivo dei conferimenti risulti in ogni caso almeno pari all'ammontare globale del capitale sociale.

- È ancora imposta la riduzione o la reintegrazione del capitale sociale in caso di perdite che superino il terzo del capitale stesso.
- Sono imposti determinati criteri di valutazione dei beni in sede di bilancio di esercizio.
- È imposta la immobilizzazione di una parte degli utili per la costituzione di riserve legali o statuarie.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Ancora più importante è che la cifra in cui consiste il capitale sociale è **iscritta al passivo del bilancio**: essa in tal modo funge da termine di confronto per l'accertamento di utili o perdite di esercizio e, impedendo la distribuzione di utili se non per quella parte dell'attivo che superi la cifra appunto indicata al passivo come capitale, comporta una sorta di indisponibilità per i soci dei corrispondenti valori patrimoniali.
A rafforzare tale finalità concorrono poi le **riserve**: si tratta di immobilizzatori degli utili che servono per assicurare la stabilità del capitale sociale di fronte a oscillazioni nei valori o di fronte a perdite che possono verificarsi nei singoli esercizi e che vanno iscritte al passivo del bilancio.

Al riguardo la legge impone la costituzione di una **riserva legale** pari al quinto del capitale sociale, mediante immobilizzazione almeno della ventesima parte degli utili di esercizio. Nel caso di società a responsabilità limitata con capitale inferiore a diecimila euro, deve essere imputato a riserva legale un quinto degli utili, fino a quando la somma del capitale e di tale riserva non raggiunga la cifra complessiva di diecimila euro.
Gli statuti per lo più prevedono la costituzione di ulteriori riserve oltre quella legale, riserve che appunto prendono il nome di **riserve statuarie**; altre ne possono essere create dall'assemblea dei soci (**riserve straordinarie o facoltative**).
Una specifica posizione assume la **riserva per azioni proprie in portafoglio** che, indicando l'avvenuta riduzione del patrimonio netto all'atto del loro acquisto, assume un segno negativo.
Consueto in proposito è anche parlare, accanto alle riserve vere e proprie, di **riserve occulte o tacite**, per indicare quegli accantonamenti nascosti nelle pieghe del bilancio dipendenti da una sottovalutazione delle attività sociali o dalla creazione di fondi correttivi superiori alla realtà o dall'indicazione di passività in realtà inesistenti. Questi accantonamenti nascosti tuttavia non presenta alcuno dei caratteri propri delle riserve: non quello in particolare della immobilizzazione, potendo questi accantonamenti essere messi in evidenza nel bilancio successivo ed essere distribuiti ai soci.

La variazione del capitale sociale può attuarsi soltanto attraverso una **modificazione dello statuto** e dell'**atto costitutivo**, la quale fissi su nuove basi la determinazione iniziale; non è anche sufficiente una variazione nel patrimonio. La variazione può essere:

- Nel senso di un **aumento** del capitale sociale;
- Nel senso di una **riduzione** del capitale sociale.

Queste variazioni possono corrispondere a una variazione del patrimonio o invece possono attuarsi restando identico il patrimonio sociale.

<u>Sottocapitalizzazione e postergazione dei finanziamenti dei soci</u>

La determinazione legislativa di un minimo di capitale sociale svolge essenzialmente la funzione di assicurare una qualche serietà dell'iniziativa economica e soprattutto di operare una selezione nell'uso dei diversi tipi di società di capitali. Non sembra quindi sia possibile operare tramite una sua interpretazione per ovviare gli inconvenienti che possono derivare da una situazione di **sottocapitalizzazione della società**, quando cioè la misura del capitale sia manifestamente inadeguata per l'attività economica progettata con l'oggetto sociale.
Bisogna tener conto che lo strumento di tale attività non è di per sé il capitale, bensì il complesso di mezzi patrimoniali di cui la società può disporre; e che questi non risultano soltanto da quanto conferito dai soci, ma anche da altre disponibilità finanziarie altrimenti acquisite da terzi.
Ne risulta che gli strumenti interpretativi per intervenire in caso di "sottocapitalizzazione'" sono necessariamente diversi da un giudizio preventivo sulla congruità del capitale sociale. A tal fine è possibile distinguere tra:

- Situazioni di sottocapitalizzazione c.d. **materiale**, nelle quali i mezzi per lo svolgimento dell'attività sociale sono soprattutto acquisiti mediante il credito concesso dai terzi, cui quindi in gran parte viene trasferito il rischio riguardante gli esiti economici dell'impresa;
- Situazioni di sottocapitalizzazione c.d. **nominale**, in cui tali mezzi sono forniti dai soci, ma a titolo diverso dal conferimento a capitale, sottraendosi quindi ai vincoli per esso stabiliti ed anche così potenzialmente entrando in conflitto con i terzi.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per quanto riguarda specificatamente la sottocapitalizzazione **nominale**, il legislatore della riforma ne ha considerato espressamente la manifestazione più esplicita, quella in cui i soci forniscono alla società i mezzi di cui necessita non attraverso conferimenti, ma mediante le comuni tecniche di finanziamento, ponendosi formalmente su un piano di parità con altri creditori. In tale ipotesi la legge si è avvalsa di una tecnica peculiare e specifica della situazione, quella consistente nella **postergazione legale**, attraverso la quale si opera una sorta di graduazione della garanzia patrimoniale della società.
L'art. 2467 c.c. dispone che il credito avente ad oggetto il rimborso di un finanziamento effettuato dai soci di società a responsabilità limitata a favore della società stessa è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori sociali, qualora il finanziamento sia stato concesso in un momento in cui risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure in una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato corretto finanziare la società attraverso un aumento di capitale mediante nuovi conferimenti.

Si adotta quindi, per delineare la fattispecie, un criterio che è di **tipicità sociale** e che rinvia ad un'analisi della corretta prassi imprenditoriale, in quanto ad essa è tipo che il socio operi nella società in quanto portatore di un interesse non essenzialmente finanziario, ma soprattutto imprenditoriale.

Attraverso tale meccanismo, la legge intende sottoporre la restituzione del finanziamento ad un rischio analogo a quello al quale il rimborso della prestazione sarebbe risultato soggetto qualora la prestazione del socio fosse effettuata a titolo di conferimento, in modo da evitare che la realizzazione del credito del socio pregiudichi quella degli altri creditori sociali. Una siffatta eventualità ricorre nel caso di insolvenza della società: e per tale ipotesi il medesimo art. 2467 c.c. impone al socio di restituire quanto ricevuto a titolo di rimborso del finanziamento nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento della società.

Si tratta di una disciplina che risulta prevista per i finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata: essa tuttavia viene espressamente richiamata dall'art. 2497-*quinquies* c.c. per l'ipotesi di finanziamenti concessi dalla società controllante ovvero da altra società controllata da quest'ultima alla società soggetta ad altrui attività di direzione e coordinamento, indipendentemente dal tipo dalla stessa assunto.

I conferimenti

La disciplina dei conferimenti è regolata in base ai principi già fissati in precedenza con riferimento alla società in generale. Possiamo pertanto in questa sede limitarci ad enunciare i principi caratteristici delle società su base capitalistica. Questi principi riguardano:

- L'**oggetto**: rileva qui la regola secondo la quale, se nell'atto costitutivo o nella deliberazione di aumento di capitale non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in denaro.
  È necessario che il possibile oggetto di conferimento sia suscettibile di valutazione economica.
  Non vi è invece motivo di individuare ulteriori limiti per quanto riguarda **le prestazioni di opera o di servizi**: limiti consistenti nel fatto che tali entità non possono essere conferite in società per azioni e che il loro conferimento in società a responsabilità limitata deve essere accompagnato dalla prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria che garantiscono i corrispondenti obblighi del socio.

  Questa disciplina:
  - Se per un verso distingue nettamente tra società per azioni e società a responsabilità limitata, e mette in evidenza la compatibilità con la seconda, ma non con la prima, di un coinvolgimento personale del socio.
  - Per un altro verso evidenzia la distinzione tra *conferimento a capitale e apporto a patrimonio.*

  Il conferimento non è l'unico strumento utilizzabile dai soci per contribuire patrimonialmente all'attività sociale.

  Non è invece giustificato basarsi sull'idoneità del conferimento a costituire una garanzia per i creditori sociali al fine di introdurre ulteriori limitazioni. Basti considerare che, anche quando il capitale della società sia stato costituito esclusivamente da conferimenti in denaro, questi conferimenti sono necessariamente destinati ad essere investiti nei modi più diversi, e che quindi i creditori possono veder modificato l'oggetto della loro garanzia.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La prospettiva della garanzia per i creditori sociali non sembra consentire in tema di conferimenti, e al fine di limitarne l'oggetto, una distinzione tra conferimenti di capitale e conferimenti di patrimonio. Essa si basa sull'equivoco che la garanzia dei creditori sia costituita dal capitale e non dal patrimonio della società, e che vi possano essere elementi del patrimonio che non siano anche elementi del capitale.
Ogni conferimento c.d. di patrimonio, ogni conferimento cioè che valga ad aumentare il patrimonio della società, è di per sé anche un conferimento di capitale e può valere quindi a realizzare quella corrispondenza tra capitale e patrimonio che la legge esige.

- Il **procedimento di valutazione**. Le diverse caratteristiche dei valori conferiti incidono invece sulle modalità procedimentali ed attuative del conferimento.
  È chiaro così che:
  - Nell'ipotesi di conferimento in denaro non si pone alcun problema di accertarne il valore;
  - Nel caso di conferimento di beni in natura o di crediti occorre assicurare la corrispondenza del valore del bene o del credito alla parte di capitale che ad esso corrisponde: da ciò l'esigenza di sottoporre a valutazione l'oggetto di tali conferimenti.

  A tal fine, per quanto riguarda la **società per azioni**, si richiede da parte del conferente una perizia giurata di un esperto designato dal Tribunale e responsabile a norma dell'art. 64 c.p.c., e si dispone altresì un controllo, da parte degli amministratori, delle risultanze della perizia anche mediante una revisione di essa. Inoltre si prevede il deposito delle azioni corrispondenti presso la società e l'inalienabilità delle stesse fin quando il controllo non è operato, nonché la riduzione del capitale sociale mediante annullamento delle corrispondenti azioni, se il valore die beni o dei crediti conferiti risulti inferiore di oltre 1/5 a quello per cui avvenne il conferimento, salvo il diritto al socio conferente di versare n denaro la differenza o di recedere: in quest'ultimo caso, il socio recedente ha diritto alla restituzione del conferimento in natura, per la parte in cui ciò sia possibile.
  Dalla perizia giurata si può ora prescindere in casi nei quali preesiste una valutazione di mercato o quando si tratta di cespiti per i quali ci si può riferire ad una valutazione affidabile.
  Ciò accade nell'ipotesi di conferimento di valori immobiliari o di strumenti di mercato monetario per un valore non superiore al prezzo medio ponderato.
  Il procedimento di valutazione dei conferimenti in natura in **società a responsabilità limitata** risulta semplificato: la redazione giurata è infatti effettuata da un revisore legale o da una società di revisione legale, iscritti nell'apposito registro, scelti dallo stesso socio e non è soggetta ad ulteriori controlli.
- **Modalità di attuazione**. Anche per le società di capitali conferimento significa soltanto assunzione dell'obbligo di apporto, non anche apporto effettivo.
  Tuttavia per i **conferimenti in denaro** è espressamente richiesto il versamento, all'atto della sottoscrizione, del 25% della quota sottoscritta:
  - Presso una banca nel caso di società per azioni;
  - Direttamente all'organo amministrativo in quello di società a responsabilità limitata.

  Il socio rimane debitore verso la società del residuo ed è tenuto a compiere i versamenti dovuti quando richiesti dagli organi sociali.
  Solo nel caso di unico socio si richiede l'integrale liberazione all'atto della sottoscrizione non solo del conferimento in natura, ma anche di quello in denaro, disponendosi, in mancanza, la sua responsabilità illimitata.
  Per i **conferimenti di beni in natura e di crediti** si richiede invece l'integrale liberazione al momento della sottoscrizione. Il che esclude la possibilità di conferire prestazioni di genere e potrebbe comportare l'esigenza di ulteriori adempimenti.
  Principi analoghi a quelli dettati per i conferimenti di beni in natura e di crediti vengono applicati agli acquisti da parte della società dai promotori, soci fondatori, soci o amministratori, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale compiuti nei due anni dalla costituzione della società.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tali acquisti, cc.dd. **pericolosi**, sono subordinati all'autorizzazione dell'assemblea e anche per essi è richiesta la relazione di stima di un esperto o la documentazione prevista per i casi di suo esonero: in mancanza, gli amministratori e l'alienante sono solidalmente responsabili per i danni causati alla società, ai soci e ai terzi.

Discutibile è invece se la violazione di tali norme comporti la nullità del conferimento o soltanto una responsabilità di coloro che vi hanno dato causa. Un problema che potrebbe risolversi nel secondo senso.

Se il socio risulta inadempiente, la società può disporre la realizzazione coattiva delle azioni o della quota a rischio e per conto del socio moroso e nel caso in cui le azioni non possono essere vendute per mancanza di acquirenti il socio può essere dichiarato decaduto e escluso, restando la società autorizzata a trattenere le somme riscosse, salvo i maggiori danni, con corrispondente riduzione del capitale sociale. Il socio in mora con i versamenti non può esercitare diritto di voto.
Al fine di meglio assicurare l'attuazione dell'obbligo di conferimento:

- Da un lato viene riconosciuto agli amministratori il potere di esercitare l'azione per l'esecuzione di conferimento;
- Dall'altro lato viene stabilito che nel caso di trasferimento di azioni o di quote non liberate, per le quali cioè il conferimento non sia stato interamente eseguito, all'obbligo dell'acquirente si aggiunge l'obbligazione solidale dell'alienante e dei successivi alienanti nei confronti della società per il periodo di tre anni, che:
  i. Per la società per azioni decorre dalla data dell'annotazione del trasferimento nel registro dei soci;
  ii. Per la società a responsabilità limitata dall'iscrizione nel registro delle imprese.

  In tal caso il pagamento non può essere richiesto all'alienante se non sia stato preventivamente richiesto all'attuale titolare della partecipazione e la relativa richiesta non sia rimasta infruttuosa.

Le prestazioni accessorie

Accanto all'obbligo di conferimento, l'art. 2345 c.c. prevede che lo statuto della società può imporre a carico del socio l'obbligo di compiere prestazioni accessorie. Il che riguarda le società create a scopo consortile o cooperativo e i consorzi con accentramento delle vendite o le cooperative di produzione.
Queste prestazioni accessorie competono al socio come tale e costituiscono giuridicamente un accessorio del conferimento, anche se economicamente possono avere un'importanza ben più rilevante.
Esse peraltro:

- Non possono consistere nella dazione di una somma di denaro;
- Non sono soggette ai principi che regolano il conferimento, ma alla disciplina dettata nello statuto che le prevede, anche per quanto attiene alle conseguenze dell'inadempimento o della impossibilità di adempimento.

È lo statuto che fissa il rapporto tra prestazioni accessorie e posizione del socio.
In caso di circolazione delle azioni, le prestazioni accessorie incombono sul nuovo socio: tuttavia la legge prevede la intrasferibilità delle azioni senza il consenso degli amministratori.
Gli obblighi derivanti dalle prestazioni accessorie non possono essere modificati, salvo diversa previsione dello statuto, senza il consenso di tutti i soci: è questo un principio che vale anche per il conferimento.

Sovrapprezzo. Versamenti a copertura delle perdite e versamenti in conto capitale

La duplice circostanza che:

- Vincolo imperativo per la formazione del capitale sociale è solo quello che il valore complessivo dei conferimenti non sia inferiore alla cifra indicata con il capitale medesimo;
- Non sorgono dubbi circa la possibilità di apporti dei soci diversi dal conferimento di capitale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Ciò spiega due ulteriori vicende concernenti i rapporti patrimoniali tra soci:

A. La prima, che nella terminologia legislativa prende il nome di **sovrapprezzo**, riguarda l'ipotesi in cui le azioni siano emesse per una somma superiore al valore nominale. Il che può avvenire sia in sede di aumento di capitale sia al momento della sua costituzione.
   Comune alle due ipotesi è che ne risulta un incremento del patrimonio sociale, ma non del capitale sociale. Diversa però è la loro funzione:
   - In sede di aumento di capitale la sua funzione è quella di adeguare il prezzo di emissione delle azioni al loro valore reale;
   - In sede di costituzione della società la sua funzione è quella di un ulteriore apporto in aggiunta a quello fatto come conferimento.

   Il sovrapprezzo deve per legge confluire in un'apposita **riserva**, che non può essere distribuita fin quando la riserva legale non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale. Si tratta di una indisponibilità temporanea parallela a quella propria della riserva legale. Questa indisponibilità impedisce che il sovrapprezzo possa essere utilizzato per l'acquisto di azioni proprie o della società controllante.

B. La seconda vicenda è quella dei **versamenti** fatti dai soci a copertura di perdite o in conto capitale per i quali, non potendo essere assimilati ai "finanziamenti dei soci", si sono posti problemi sia di ammissibilità sia di individuazione della disciplina applicabile.
   Dal primo punto di vista è la stessa disciplina del sovrapprezzo a mostrare che sono consentiti dal sistema versamenti in aggiunta al conferimento di capitale. Cosicché deve ritenersi che non possa essere impedito ai soci di versare, pur non essendovi tenuti, somme a copertura delle perdite in modo da impedire l'operatività delle norme in tema di riduzione e di reintegrazione del capitale sociale e tanto meno di versare somme per un futuro aumento di capitale.
   Dal secondo punto di vista deve osservarsi che si tratta di versamenti volontari che indubbiamente non possono essere qualificati come conferimenti di capitale e tanto meno possono essere assoggettati al regime proprio del capitale o delle riserve, ma che sono vincolati alla destinazione per la quale essi sono stati compiuti. Questa destinazione si esaurisce nel fatto dell'operazione stessa per i versamenti compiuti a copertura delle perdite; permane invece nei versamenti in conto capitale fino a quando il capitale non viene aumentato.

Le operazioni su azioni proprie e della società controllante

Il fine di assicurare l'effettività del capitale sociale è inoltre perseguito con un'articolata disciplina riguardo a quelle operazioni che possono determinare un **annacquamento del capitale sociale stesso**, e cioè la sua pratica eliminazione.

In queste ipotesi infatti vi è il pericolo che:

- Si determini l'uscita dal patrimonio della società di risorse mediante l'entrata di un bene (azione) che non trova più nel patrimonio sociale il controvalore;
- Si abbia la creazione di una pluralità di azioni il cui controvalore è rappresentato dallo stesso patrimonio.

Per quanto riguarda la **società a responsabilità limitata**, l'acquisto di partecipazioni proprie, come pure il compimento di altre operazioni in ordine alle stesse (quali la loro accettazione in garanzia o la concessione di prestiti o di garanzie per il loro acquisto e la loro sottoscrizione) sono espressamente vietate dalla legge e devono ritenersi radicalmente *nulli*.

In ordine alla **società per azioni**, la materia è essenzialmente regolata dagli artt. 2357 e 2360 c.c. I principi che la governano possono essere precisati nel modo seguente:

A. Vi è in primo luogo da segnalare che la disciplina tratta in termini sostanzialmente omogenei
   - Sia l'acquisto di azioni proprie;
   - Sia l'acquisto di azioni o quote della controllante da parte delle controllate.

   Tali requisiti infatti:
   - Possono riguardare esclusivamente le azioni interamente liberate (ossia rispetto alle quali il conferimento sia stato interamente eseguito);

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Debbono essere fatti nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato;
- Debbono essere autorizzati dall'assemblea.

La legge prevede alcuni casi speciali di acquisto di azioni proprie o di azioni della controllante ai quali queste condizioni non si applicano. Si tratta in particolare degli acquisti:

- A titolo gratuito o per esecuzione forzata.
- A seguito di successione universale, di fusione o di scissione.
- In esecuzione di una deliberazione di riduzione del capitale.

Pure in questi casi però, salvo ovviamente l'ultimo, permane il limite della quinta parte del capitale sociale: ed è soltanto previsto che l'obbligo di smobilizzare l'eccedenza sia attuato nel termine di tre anni anziché in quello annuale dettato in via generale dall'art. c.c.

La violazione dei limiti legislativi per l'acquisto di azioni proprie o della società controllante non importa la **nullità** dell'acquisto stesso. Sua conseguenza è infatti un **obbligo di alienazione** delle azioni legittimamente acquistate e in mancanza quello di addivenire al loro **annullamento**, con corrispondente riduzione del capitale, spontaneamente da parte dell'assemblea o con provvedimento del Tribunale a norma dell'art. 2446 c.c.: annullamento al quale consegue nel caso specifico di acquisto di azioni della controllante il diritto ad un rimborso secondo i criteri dettati dagli artt. 2437-*ter* e *quarter* per il caso di recesso.

La legge si preoccupa inoltre di dettare la disciplina delle azioni proprie o della società controllante comunque possedute dalla società: disciplina diretta ad evitare che la gestione delle azioni proprie possa divenire uno strumento per rafforzare il potere degli amministratori.

Si prevede così per entrambe le ipotesi un obbligo di informazione da attuare con l'iscrizione di apposita voce e nella relazione sulla gestione, e per entrambe viene sospeso il diritto di voto conseguente alle azioni interessare dalla vicenda. L'acquisto di azioni proprie comporta direttamente una corrispondente riduzione del patrimonio netto, da rilevare mediante l'iscrizione al passivo di una specifica voce con segno negativo.

B. Anche la disciplina concernente la **sottoscrizione di azioni proprie** è stata ora sostanzialmente estesa all'ipotesi di sottoscrizione di azioni o quote della società controllante.
Vige in questi casi un divieto assoluto, penalmente sanzionato. Pure per essi però vi è da rilevare che la conseguenza della violazione del divieto non è la nullità della sottoscrizione, bensì l'assunzione diretta di quest'ultima e del relativo obbligo di liberare le azioni:
   a. Quando si tratti di sottoscrizione di **azioni proprie**, da parte dei promotori e dei soci fondatori o, in caso di aumento di capitale, degli amministratori;
   b. Quando si tratta di sottoscrizione di **azioni della società controllante**, da parte degli amministratori della società controllata.

In entrambi i casi, la responsabilità non si estende a coloro tra tali soggetti che dimostrino di essere esenti da colpa.
Di maggior rilievo pratico potranno comunque risultare le ipotesi in cui la sottoscrizione sia avvenuta in nome proprio, ma per conto della società.

C. Rispetto alle **altre operazioni relative alle azioni proprie**, l'attuale disciplina ha attenuato la rigidità di quella originaria:
   a. Da un lato conferma il divieto assoluto di accettare azioni proprie in garanzia;
   b. Dall'altro, per quanto concerne i prestiti e le garanzie per il loro acquisto, si individuano le condizioni in base alle quali tali operazioni possono ritenersi consentite.

Sono inoltre dettati specifici requisiti procedimentali. Competente ad autorizzare l'operazione è l'assemblea straordinaria e, nei 30 giorni antecedenti alla deliberazione, deve restare depositata presso la sede della società una relazione, predisposta dagli amministratori, che illustri l'operazione sotto il profilo giuridico ed economico, ne descriva le condizioni e metta in evidenza le ragioni e gli obiettivi imprenditoriali.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione dell'art. 2358 c.c., è da ritenere che in entrambe le ipotesi ivi previste esso faccia riferimento a garanzie in senso tecnico: perciò l'opinione

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

prevalente esclude che possa applicarsi ad operazioni come quelle escogitate dalla prassi, e adesso disciplinate dalla stessa legge all'art. 2501-*bis* c.c., di *merger leveraged buy out.*

Si tratta di operazioni con le quali una società ottiene un finanziamento di cui si avvale per l'acquisto della maggioranza o della totalità delle azioni di altra società (la c.d. società-bersaglio) e successivamente procede alla propria fusione con quest'ultimo: sicché la restituzione del finanziamento avviene utilizzando il reddito prodotto con l'attività della società-bersaglio stessa ed è garantita dal suo patrimonio.

D. Per quanto concerne la **sottoscrizione reciproca di azioni**, l'art. 2360 c.c. pone un divieto assoluto che copre anche l'ipotesi in cui sia avvenuta tramite società fiduciaria o per interposta persona; neppure gli utili e le riserve possono essere utilizzati a tal dine.
   Tra le due sottoscrizioni vi è contestualità, essendo l'operazione unitaria e unitariamente concepita. In questo caso, quindi, non può essere dubbia la nullità dell'atto attraverso il quale la sottoscrizione reciproca si realizza: illecito ne è l'oggetto e comunque la causa. Né possono sussistere preoccupazioni per la tutela della buona fede, dato che la reciprocità della sottoscrizione non è un fatto accidentale, ma è un elemento essenziale dell'operazione.

La partecipazione sociale

La struttura capitalistica della società importa che diritti e poteri dei soci si determinano in funzione della partecipazione al capitale sociale.
Tale principio caratterizza unitariamente le società di capitali, ma poi viene diversamente articolato e corretto da altre regole.
Per quanto concerne le **società per azioni**, è stata ammessa l'eventualità che a seguito di apporti diversi dal conferimento (imputabili al patrimonio), siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali e amministrativi che, con esclusione soltanto del voto nell'assemblea generale degli azionisti, possono coincidere con quelli dei soci.

Ciò conferma il principio per cui i diritti del socio in quanto tale debbono la loro specificità in quanto si determinano formalmente in funzione della partecipazione al capitale sociale, e quindi sono condizionati nel loro esercizio concreto dalla disciplina del capitale medesimo.

Per quanto riguarda la **società a responsabilità limitata**, la rilevanza che può assumere la posizione personale del socio consente che l'atto costitutivo preveda non solo le specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio (art. 2473-*bis* c.c.), ma anche l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (art. 2468, comma 3, c.c.).

Quest'ultima eventualità individua diritti dei soci indipendenti dalla loro partecipazione al capitale sociale, ma conferma che il socio si caratterizza per tale partecipazione: quei particolari diritti presuppongono una posizione sociale tramite essa acquisita, e nella partecipazione al capitale sociale deve ravvisarsi il profilo essenziale della posizione del socio.

Si comprende così il rilievo centrale che nella disciplina giuridica delle società di capitali assumono le tecniche mediante le quali viene definita la partecipazione al capitale dei soci, le modalità secondo cui vengono individuate le *parti* in cui tra essi il capitale è diviso (il che serve anche a misurare in termini quantitativi i loro diritti).
La suddivisione del capitale in parti può attuarsi in due modi diversi:

1. In funzione delle **persone dei soci**;
2. In base ad una suddivisione preventivamente ed astrattamente operata nell'**atto costitutivo della società**.

A questo criterio di suddivisione corrispondono le nozioni di *quota* e di *azione* e su di esso si basa la distinzione tra società per quote (società a responsabilità limitata), e società per azioni.

La quota di società a responsabilità limitata

La **quota** esprime la partecipazione del socio al capitale sociale e costituisce un complesso unitario di diritti e poteri, in quanto unico è il soggetto al quale tali diritti e poteri fanno capo: essa pertanto non è oggettivamente pensabile a prescindere dalla sua concreta posizione nella società.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Si tratta di una nozione riflessa, che esprime la posizione del socio nelle società. Perciò la quota di uno socio è necessariamente unica: non è consentito di avere più quote.

Nell'ipotesi di *start-up innovativa* (imprese costituite in forma di società di capitali, aventi per oggetto lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di servizi di alto valore tecnologico e che presentino requisiti quali l'iscrizione nella relativa sezione speciale del registro delle imprese e di non distribuire e di non aver distribuito utili) e in quella di piccola e media impresa innovativa (organizzate in forma di società di capitali e di cooperative, non iscritte nella sezione speciale del registro delle imprese e presentano un volume di spesa in ricerca, sviluppo e innovazione in misura almeno pari al tre per cento del costo o del valore totale della produzione, impiegano personale culturalmente qualificato), è ammessa l'eventualità di una società a responsabilità limitata con categorie di quote fornite di diritti diversi, anche a voto limitato o addirittura prive del diritto di voto, come pure la disapplicazione del divieto di offerta al pubblico delle quote e di operazioni su proprie quote.

Queste caratteristiche si riverberano in sede di circolazione: la circolazione della quota trova il suo presupposto in una trasmissione della posizione di socio e costituisce una conseguenza di tale trasmissione. Per tale motivo la quota non può essere rappresentata da un titolo circolante (azioni), né costituire oggetto di offerta al pubblico. Si porrebbe la posizione di socio in funzione della quota, e non anche, come invece è, la quota in funzione del socio.

Per l'esercizio dei diritti sociali è necessaria la titolarità della quota acquisita, e che essa assuma rilievo nei confronti della società. Elemento costitutivo della legittimazione del socio rispetto alla società è il deposito del titolo dell'acquisto per l'iscrizione nel registro delle imprese, effettuato a cura del notaio autenticante, o nel caso di trasferimento a causa di morte, su richiesta dell'erede o del legatario. L'iscrizione nel registro delle imprese è anche strumento di soluzione del conflitto tra più acquirenti successivi della medesima quota, tra i quali è preferito colui che per primo ha effettuato in buona fede tale iscrizione anche se il suo titolo è di data posteriore.

La quota può formare oggetto di pegno, usufrutto, sequestro, espropriazione. Il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel registro delle imprese.

Le azioni

L'**azione** esprime una parte del capitale sociale che si determina, operando una completa astrazione dalle persone dei soci, in base ad una suddivisione *preventivamente ed astrattamente* operata nello statuto.
Il capitale sociale è sin dall'inizio suddiviso in tante parti (necessariamente uguali) che costituiscono ciascuna un **complesso unitario di diritti e di poteri** (attribuiscono uguali diritti e uguali poteri).
Vi possono essere diverse categorie di azioni in una stessa società, ma in ciascuna categoria le azioni sono necessariamente uguali tra loro.
Le azioni costituiscono entità autonome e distinte, e nessun rilievo ha il fatto che esse siano in possesso di persone diverse o di una stessa persona. Chi possiede più azioni, ha una somma di tanti complessi unitari di diritti e di obblighi, e le vicende che riguardano un'azione non toccano le altre. Anche quando le azioni siano in una stessa mano, le vicende che riguardano la singola azione non toccano le altre.
I poteri e i diritti del socio nella società si commisurano alle azioni possedute e la posizione del socio dipende essenzialmente dalle caratteristiche delle azioni, anche per quanto riguarda la trasmissibilità. Astraendo l'azione dalla persona del socio, vi è la liberà trasmissibilità dell'azione.
Le azioni pertanto possono essere rappresentate da un titolo circolante, sulla base del possesso del quale si stabilisce la persona del socio (**titolo azionario**).
L'azione ha normalmente tre aspetti:

- Quello di **parte del capitale sociale**. Si tratta di individuare le azioni tramite un processo di divisione della cifra rappresentata dal capitale sociale. La legge prevede due modalità per effettuare siffatta operazione aritmetica:
    a. Quella, tradizionale del nostro ordinamento, di determinare nello statuto il **valore nominale** dell'azione, sicché il numero di azioni emesse risulta dalla divisione del capitale sociale per tale valore nominale. In tal caso, il valore nominale indicato nello statuto deve riferirsi a tutte le azioni della società;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

b. Quella di emettere **azioni senza valore nominale** e di stabilire direttamente il loro numero, in ragione del quale si determina la percentuale del capitale sociale espressa da ciascuna di esse. In tal caso, quando devono applicarsi disposizioni che ad esso fanno riferimento, si dovrà avere riguardo al numero delle azioni in rapporto al totale di quelle emesse (art. 2346 c.c.).

In contrapposto al valore nominale vi è il **valore effettivo** e, per le azioni quotate in borsa, il **valore di borsa**: valori che possono essere diversi dal valore nominale e che possono modificarsi in quanto si basano sul patrimonio della società e rispettivamente sul corso delle quotazioni, entrambi variabili.

- L'azione come **complesso unitario di diritti e poteri nella società** è **indivisibile**: nel caso di comproprietà di una azione, i diritti debbono essere esercitati da un rappresentante comune, e in mancanza, è sufficiente che le dichiarazioni e le comunicazioni sociali siano fatte a uno dei comproprietari (art. 2347 c.c.).
  Le azioni conferiscono ai loro possessori uguali diritti, in particolare il diritto a una parte proporzionale degli utili netti e del patrimonio netto risultante dalla liquidazione, nonché il diritto di voto. Le azioni servono da unità di misura per la determinazione dei diritti del socio.
  L'esigenza di uguaglianza dei diritti si pone essenzialmente con riferimento alle azioni che attribuiscono medesimi diritti. Vi sono società all'interno delle quali vi sono categorie diverse di azioni, per modo che le azioni di ciascuna categoria siano fornite di diritti particolari, e la società può determinare liberamente il contenuto delle azioni delle varie categorie.
  In tal modo si viene incontro all'esigenza di modulare i diritti conferiti dalle azioni con riferimento alle diverse esigenze che possono porsi alla base dell'investimento azionario, e si riconosce alla società una più ampia possibilità di reperire mezzi sul mercato finanziario.
- Per quanto riguarda il **titolo azionario**, si è già osservato che la tecnica di predeterminare l'azione vale anche agevolare la trasmissione e negoziazione: è normale che essa sia rappresentata, oltre che da uno strumento finanziario dematerializzato, da un titolo circolante (un titolo di credito fornito di una disciplina giuridica particolare in quanto titolo di partecipazione).
  In tal caso la trasmissione dei diritti e poteri sociali si attua mediante il trasferimento del titolo azionario, e l'esercizio di essi è quindi subordinato al possesso del titolo azionario.
  La circolazione di quest'ultimo determina la sostituzione dell'acquirente all'alienante in tutte le posizioni soggettive inerenti all'azione (posizioni attive e passive ed eventualmente anche l'obbligazione del versamento dei decimi ancora dovuti).
  La disciplina di questi aspetti è prevista dalla legislazione speciale e trova una cornice sistematica nell'**art. 2355** c.c., che inquadra le diverse tecniche disponibili per la circolazione delle azioni e la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.

  Nel sistema originario del codice, essendo previsto che le azioni fossero nominative o al portatore, la circolazione dei titoli azionai non era espressamente regolata, facendosi esplicito rinvio ai principi propri dei titoli di credito nominativi o al portatore, principi però che non hanno mai ricevuto piena applicazione.

  Si è così espressamente stabilito che:
  a. In caso di **mancata emissione dei titoli azionari**, il trasferimento delle azioni ha effetto nei confronti della società, e conferisce la legittimazione ad esercitare i relativi diritti, dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci;
  b. Le **azioni al portatore** si trasferiscono con la consegna del titolo (art. 2455 c.c.);
  c. Le **azioni nominative** si trasferiscono attraverso i meccanismi del c.d. *transfert* e della girata autenticata di cui agli artt. 2022 e 2023 c.c. Il giratario delle azioni che si dimostra possessore in base a una serie continua di girate ha diritto ad ottenere l'annotazione del trasferimento nel libro dei soci ed è legittimato ad esercitare i diritti sociali, fermo restando l'obbligo della società di aggiornare il libro dei soci.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tale regola riduce il ruolo dell'iscrizione nel libro dei soci ad una funzione soltanto di documentazione, che può attuarsi al di fuori di una richiesta del socio per il solo fatto dell'esercizio dei diritti sociali da parte del possessore dell'azione (la società è infatti, in tal caso, obbligata a provvedervi). Viene quindi meno la caratteristica essenziale del titolo normativo, ossia la funzione dell'iscrizione nel libro dei soci per l'acquisto della legittimazione all'esercizio dei diritti inerenti all'azione.

d. Nel caso di azioni rappresentate da **strumenti finanziari dematerializzati**, la scritturazione svolge un ruolo equivalente, a seconda se si tratti di azioni al portatore o nominative, alla consegna del titolo o rispettivamente alla girata, e legittima ad esercitare diritti sociali, e nell'ipotesi di azioni nominative vi è poi l'obbligo della società di procedere all'aggiornamento del libro dei soci; con la conseguenza che la differenza tra azioni al portatore e nominative si impernia sulla sussistenza o meno di una situazione di anonimato nei confronti della società.

L'art. 2354, stabilisce le indicazioni che debbono essere contenute nel titolo azionario o negli eventuali certificati provvisori emessi prima dei titoli definitivi, e richiede la sottoscrizione di uno degli amministratori della società consentendo che ciò avvenga anche mediante riproduzione meccanica della firma, soluzione giustificabile per ragioni pratiche.

La circolazione delle partecipazioni

La legge consente di stabilire un'indefinita intrasferibilità delle quote di società a responsabilità limitata (v. art. 2469 c.c.), ma non delle azioni: ciò sarebbe in contrasto con una delle più importanti caratteristiche dell'investimento azionario, ossia quella di consentire al socio di smobilizzare il proprio investimento senza con ciò sottrarre valori alla struttura produttiva della società. Essa invece:

- Da un lato, pur ammettendo la possibilità di un divieto del trasferimento di azioni, ne circoscrive l'operatività nel termine massimo di cinque anni;
- Dall'altro, prevede la possibilità di sottoporre a particolari condizioni il trasferimento delle azioni rappresentate da titoli nominativi, nel qual caso le limitazioni devono risultare dal titolo, o di quelle non rappresentate da titoli azionari (art. 2355-*bis* c.c.).

Ulteriore ipotesi di intrasferibilità temporanea che si giustifica alla luce del contesto in cui opera, riguarda le azioni attribuite ai creditori nell'ambito del concordato previsto nel programma di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza.

Le limitazioni più diffuse sono quelle che derivano:

a) Da una disposizione statutaria la quale prevede un **diritto di prelazione dei soci** in caso di alienazione delle azioni in genere o in caso di alienazione delle azioni a terzi;
b) Dalla c.d. **clausola di gradimento**, clausola che subordina il trasferimento al gradimento degli organi sociali, per lo più del consiglio di amministrazione, ma anche dell'assemblea. La necessità del gradimento è espressamente prevista dalla legge per le azioni con prestazioni accessorie e per le partecipazioni in società cooperative.

Queste **limitazioni statuarie alla circolazione delle azioni** sono previste per evitare l'ingresso in società di persone non gradite o modificazioni nella misura della partecipazione dei singoli soci e il loro fondamento in una personalizzazione della società per azioni. Esse, essendo poste nello statuto, sono efficaci *erga omnes*, e quindi opponibili ai terzi, le conoscessero o non le conoscessero; con la conseguenza che, per quanto riguarda la clausola di **prelazione**, il trasferimento fatto in sua violazione non ha effetto nei confronti della società e degli altri soci, i quali hanno il diritto di rendersi acquirenti delle azioni in sostituzione di colui che le abbia acquistate in violazione del loro diritto.

Problemi più delicati si pongono per **la clausola di gradimento**: essa, infatti, quando utilizzata nella società per azioni ed in quanto attribuisce un potere ad un organo sociale (in concreto quindi al gruppo di comando), rappresenta un provvedimento atto ad ostacolare il ricambio nel controllo della società, riducendo la possibilità di una competizione in tal senso, e si presta all'eventualità di discriminazioni tra maggioranza e minoranza quanto alla possibilità di alienare le proprie azioni.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Attualmente la legge condiziona l'efficacia delle clausole che subordinano il trasferimento *inter vivos* delle azioni al **mero gradimento di organi sociali o di altri soci**, o quelle che sottopongono a particolari condizioni il loro trasferimento *mortis causa*, alla previsione, a carico della società o degli altri soci, dell'**obbligo di acquistare le azioni dell'alienante** o, alternativamente, al riconoscimento a quest'ultimo del **diritto di recesso**, precisando che, anche il corrispettivo dell'acquisto, oltre che il valore di liquidazione, deve essere determinato secondo modalità e nella misura previste dall'art. 2437-*ter* c.c. in ordine al rimborso della quota del socio recedente (art. 2355-*bis* c.c.).

Potrebbe ritenersi che si ha un "mero gradimento" quando di esso lo statuto non precisi condizioni e limiti e che quindi, in presenza di tali indicazioni, il gradimento non può dirsi "mero"; di conseguenza non si applicano le tutele previste dall'art. 2355 bis c.c. per il socio che intende alienare. E si potrebbe osservare che tra i diversi interessi che in tale ambito possono assumere rilievo, il legislatore ha ritenuto tutelare quello del socio al disinvestimento.

Diversa è la soluzione prevista per la società a responsabilità limitata: in tal caso si dispone che, in presenza di clausole che prevedono l'intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordinino il trasferimento *inter vivos* al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi, senza precisarne condizioni o limiti, come pure quelle che pongano condizioni o limiti che nel caso concreto ne impediscano il trasferimento *mortis causa*, il socio e i suoi eredi possono chiedere la liquidazione della quota immediatamente o alla scadenza del termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, fissato dall'atto costitutivo (art. 2469, comma 2).

Ad entrambi i tipi societari deve poi ritenersi comune la soluzione secondo cui, mancando il gradimento e salva l'applicazione delle tutele appena illustrate, l'alienazione della partecipazione non ha effetto nell'ambito sociale; socio rimane l'alienante e non diviene tale l'acquirente.

Nella precedente disciplina erano controversi gli effetti del rifiuto di gradimento nei rapporti tra alienante ed acquirente delle azioni. La possibilità ora di tutelare l'alienante in tale ambito attraverso il riconoscimento del diritto di vendere ad altri la partecipazione o di recedere dalla società dimostra che non avrebbe senso ipotizzare una permanenza degli effetti tra le parti del negozio di alienazione. L'autorevole tendenza giurisprudenziale, cui aderiva parte della dottrina, secondo la quale il rifiuto del gradimento non avrebbe toccato l'efficacia *inter partes* del negozio di alienazione, non era coerente con una volontà delle parti diretta al trasferimento dell'azione. È assurdo che l'alienante sia tenuto a conservare indefinitamente la posizione di socio quando con l'alienazione aveva manifestato la volontà di dismetterla, e che l'alienante si contenti dell'attribuzioni di diritti patrimoniali inerenti alle azioni, lasciando all'alienante i poteri sociali.

Azione e quota nelle società per azioni: sindacati di blocco e sindacati di amministrazione

La suddivisione del capitale in azioni non esclude ogni rilevanza della partecipazione complessiva del socio. Anche nelle società per azioni la **nozione di quota** (parte che il socio ha nel capitale sociale) è in talune ipotesi giuridicamente rilevante.

Quando si possiede la maggioranza del capitale della società, il socio è in condizione di **orientare l'azione**: la legge prevede regole particolari per la situazione di *controllo* della società e per il suo acquisto.

Molteplici norme prevedono i cc.dd. **diritti delle minoranze**, che attribuiscono particolari diritti ai soci che rappresentino una data parte (un quinto, un ventesimo) del capitale sociale. Ove la quota del socio raggiunga tali limiti, essa attribuisce diritti e poteri nella società che non sono inerenti alla singola azione. La quota del socio, anche se rappresentata da azioni, ha un valore diverso e superiore rispetto a quello corrispondente alla somma dei valori delle singole azioni, quando la quota rappresenti la maggioranza del capitale sociale o sia tale da consentire l'esercizio di alcuni di quei diritti.

In considerazione di tale rilevanza, si pongono quelle intese tra soci (i c.d. **patti parasociali**) conosciute sotto il nome di **sindacati azionari**, che possono assumere e spesso assumono i caratteri del **sindacato di blocco** o del **sindacato di amministrazione** (o sindacato di voto).

- Il **sindacato di blocco** mira ad impedire che, attraverso l'alienazione delle azioni, si possano modificare le quote dei singoli soci a vantaggio di uno di essi e a danno di altri, e quindi mira,

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

attraverso determinati impegni reciprocamente assunti dai soci, a far sì che ciascuno dei soci conservi la posizione che aveva nella società.

Essi in tal caso pongono limiti alla circolazione delle azioni che, in quanto effetto di patti contrattuali, possono riguardare anche le azioni al portatore, e hanno un'efficacia *inter partes*: l'alienazione delle azioni fatta in violazione del patto è perfettamente valida ed efficace ed obbliga soltanto il contraente inadempiente al risarcimento dei danni.

Per questo molte volte, al fine di ottenere il risultato di un'efficacia anche nei confronti dei terzi, il sindacato di blocco viene realizzato depositando le azioni presso un terzo, e così impedendo l'eventualità di una violazione degli obblighi assunti, o addirittura conferendole presso una società costituita *ad hoc*.

- Il **sindacato di amministrazione** ha la funzione di unificare le quote dei partecipanti in ordine ai poteri amministrativi della società, soprattutto il diritto di voto, e perciò è denominato anche **sindacato di voto**, in modo da poter beneficiare di quei diritti connessi ad una quota superiore a quella singolarmente posseduta dai partecipanti al sindacato.
  Si tratta di un accordo che mira a consolidare o ad accrescere posizioni di potere nella società e che, sembrando alterare lo schema ideale secondo cui la maggioranza dovrebbe liberamente formarsi in assemblea, ha dato luogo a un lungo dibattito in dottrina e giurisprudenza.

I patti parasociali

Le perplessità in ordine alla validità delle convenzioni di voto devono ritenersi attualmente superate alla luce dell'introduzione nel codice civile di una disciplina generale dei **patti parasociali** (art. 2431-*bis*).
Le legge disciplina infatti i patti, in qualunque forma stipulati, che, al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo di una società per azioni:

- Hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nella società stessa o in quelle che la controllano o pongono limiti al trasferimento delle partecipazioni di tali società; o
- Hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un' influenza dominante sulle stesse, ad eccezione dei patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo.

Inoltre prevede che tali patti, pur potendo essere rinnovati alla scadenza, non possono avere una durata superiore a **cinque anni**: se le parti fissano una durata maggiore, essa si riduce a tale termine; se un termine manca, ciascun contraente ha diritto di recedere dal patto con preavviso di 180 giorni.
I patti parasociali relativi a società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio devono essere comunicati alla società e dichiarati in assemblea; in mancanza di tale dichiarazione, i possessori delle azioni cui il patto si riferisce non possono esercitare diritto di voto, a pena di annullabilità della deliberazione assunta con il loro voto determinante.
Il codice non disciplina i patti relativi alle società con azioni quotate o in quelle che le controllano, che sono regolati dagli artt. 122 ss. t.u.f.
Tale disciplina chiarisce che, trattandosi di interessi privati, nulla vieta che i singoli partecipanti sacrifichino un loro interesse per la realizzazione di un altro interesse che ad essi stia maggiormente a cuore: non è invalido il patto che a ciò reciprocamente li astringa.

Nel caso in cui la deliberazione possa arrecare danno alla società nell'ipotesi di conflitto d'interessi, la legge attribuisce ai soci la impugnativa della deliberazione (art. 2373 c.c.): in tale ipotesi si versa quando le parti intendano realizzare, attraverso la società e con danno di questa, un interesse loro proprio. Non è invalido il patto di sindacato per effetto del quale le parti intendano realizzare attraverso la società, un loro interesse, ma è invalido il voto dato in assemblea in esecuzione di tale patto e quindi la deliberazione formata con tali voti, quando essa possa recare danno alla società.

La nuova disciplina riconosce che l'assunzione di impegni per quanto concerne l'esercizio del diritto di voto di per sé è valida, riguardando un diritto che è attribuito al socio nel suo interesse, e che i problemi posti dal patto di sindacato di per sé attengono all'esigenza di fornire ad altri soci ed ai terzi un'adeguata informazione, tale da rendere **trasparente** l'equilibrio di poteri nella società, ed a quella di **limitarne** nel tempo **l'efficacia**.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La costituzione della società

Il procedimento di costituzione

La costituzione della società di capitali è un fenomeno complesso: giuridicamente essa viene inquadrata nella categoria delle fattispecie a **formazione successiva** o, secondo altri, in quella dei procedimenti.

- Nelle società di persone il processo formativo si conclude stipulando il contratto sociale;
- Nelle società di capitali invece si conclude con l'iscrizione della società nel registro delle imprese.

Soltanto in questo momento la società esiste come persona giuridica; soltanto in questo momento si producono gli effetti caratteristici del tipo di società prescelto.
La struttura capitalistica della società si riverbera necessariamente sul processo di costituzione, ponendo l'accento della disciplina giuridica essenzialmente sulla **formazione del capitale sociale** e sulle garanzie dirette ad assicurare che il capitale sia effettivamente formato. Da ciò derivano particolari **oneri** che incombono a coloro che partecipano alla stipula del contratto sociale previsti dall'art. 2329 c.c., come:

- La dimostrazione che l'intero capitale è stato sottoscritto;
- Il versamento del 25% del conferimento in denaro:
  - Nel caso di società per azioni viene effettuato presso una banca, alla quale è fatto inoltre divieto di consegnare le somme depositate agli amministratori se questi non provano l'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese;
  - Nel caso di società a responsabilità limitata viene effettuato invece all'organo amministrativo nominato nell'atto costitutivo, che deve indicare i mezzi di pagamento.
- L'integrale esecuzione dei conferimenti in natura;
- La sussistenza delle autorizzazioni e delle altre condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società.

Costituzione simultanea e costituzione successiva. I promotori e i soci fondatori

Il **capitale sociale** nelle società a responsabilità limitata e nelle società per azioni di piccole dimensioni è apprestato dalle persone che hanno ideato la società; quando peraltro l'impresa assume dimensioni notevoli e i mezzi finanziari di queste persone non sono sufficienti, la formazione del capitale richiede per lo più la raccolta dei mezzi necessari per l'esercizio dell'impresa presso il pubblico dei risparmiatori. In questi casi attraverso due vie può addivenirsi alla raccolta dei capitali:

- O provvedendosi da parte degli stessi ideatori dell'impresa alla sottoscrizione dell'intero capitale e alla costituzione della società, rinviando ad epoca successiva l'eventuale collocamento delle azioni presso il pubblico dei risparmiatori, e si parla in tal caso di **costituzione simultanea**;
- O raccogliendo preventivamente le adesioni dei risparmiatori sulla base di un programma nel quale sono indicati gli scopi della società e le condizioni essenziali della partecipazione ad essa: ed è l'ipotesi della **costituzione successiva** o **mediante pubblica sottoscrizione**.

In entrambi i casi ci troviamo in presenza di una fattispecie procedimentale ma, nel secondo caso, anche la formazione del capitale sociale è il risultato di un procedimento che in essa si inserisce, complicandola: questa seconda forma di costituzione è esclusiva della società per azioni.
La costituzione simultanea non dà adito a particolari problemi giuridici. È invece complessa la situazione che si verifica nella **costituzione successiva** o **per pubblica sottoscrizione**, dato che qui la formazione del contratto sociale si attua sulla base delle singole adesioni al programma, e cioè sulla base di rapporti che almeno formalmente si pongono tra sottoscrittori e promotori.

Le diverse fasi da cui risulta la costituzione successiva sono le seguenti:

- Redazione del programma indicante l'oggetto, il capitale, le disposizioni principali, il termine entro il quale deve essere stipulato ed eventualmente la partecipazione che i promotori si riservano sugli utili della società;
- Adesione dei sottoscrittori fatta per atto pubblico o per scrittura privata autenticata contenente l'indicazione delle generalità del sottoscrittore nonché del numero delle azioni sottoscritte;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Versamento del 25% dei conferimenti in denaro nel termine stabilito dai promotori;
- Assemblea dei sottoscrittori per accertare l'adempimento degli oneri per la costituzione e per deliberare sulla integrazione delle disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto. L'assemblea delibera a maggioranza di voti e in questa assemblea ciascun sottoscrittore ha un voto;
- Stipulazione dell'atto costitutivo da parte degli intervenuti, in rappresentanza anche degli assenti.

Ne risulta una **fattispecie a formazione successiva**, in cui le adesioni dei sottoscrittori non hanno una loro portata giuridica autonoma. Si tratta di elementi singoli di una fattispecie complessa, tra loro collegati per la produzione dell'effetto giuridico definitivo.
L'adesione del sottoscrittore costituisce un elemento del processo di costituzione della società. i promotori funzionano da organo di raccolta delle adesioni, e l'adesione dei sottoscrittori è uno degli elementi di una fattispecie complessa e, pertanto, l'effetto definitivo non si determina se ad esso non si aggiungono gli altri elementi rappresentati dagli accertamenti e dalle decisioni dell'assemblea dei sottoscrittori e dalla stipula dell'atto costitutivo.
Quando pertanto la legge parla di stipula dell'atto costitutivo ha riguardo alla redazione di un atto formale, il quale al tempo stesso certifichi e riproduca la volontà già espressa dai sottoscrittori con le loro adesioni, eventualmente integrata dalle deliberazioni dell'assemblea; e appunto perché si tratta soltanto di tradurre in atto formale la volontà già espressa, l'atto costitutivo può essere posto in essere dagli intervenuti in rappresentanza degli assenti.
Nella **costituzione successiva** coloro che hanno ideato la costituzione della società e firmato il programma assumono una posizione giuridica ben definita: quella di **promotori**.

- I promotori sono direttamente e solidamente obbligati verso i terzi in conseguenza degli atti posti in essere per la costituzione della società ed hanno soltanto un diritto di rivalsa nei confronti della società, ove questa sia costituita, purché le obbligazioni assunte e le spese sostenute siano necessarie o siano state approvate dall'assemblea;
- Si riconosce cioè ai promotori un diritto di rivalsa più limitato di quello riconosciuto ai gestori di negozi. Si esclude altresì ogni diritto di rivalsa dei promotori nei confronti dei sottoscrittori delle azioni nel caso in cui la società non si costituisca.
- I promotori sono poi responsabili:
    - Per l'integrale sottoscrizione del capitale sociale e per i versamenti richiesti per la costituzione della società;
    - Per la veridicità delle comunicazioni da essi fatte al pubblico per la costituzione della società;
    - Per l'effettiva esistenza dei conferimenti in natura.

L'art. 2339 c.c. sancisce la **responsabilità solidale**, verso la società e verso i terzi, anche di coloro per conto dei quali i promotori hanno agito, al fine di evitare che tale responsabilità possa essere frustrata col far sottoscrivere il programma da *teste di legno* (prive di un patrimonio col quale rispondere).
Come corrispettivo dell'opera prestata per la costituzione della società ai promotori possono essere riservati dei **benefici**: tali benefici possono peraltro consistere soltanto in una partecipazione agli utili di bilancio in misura non superiore al decimo e per un periodo massimo di 5 anni, e debbono essere riconosciuti nell'atto costitutivo, previa deliberazione dell'assemblea dei sottoscrittori.
Nella **costituzione simultanea** la figura dei promotori non assume una specifica rilevanza, dato che essi stessi provvedono alla sottoscrizione del capitale e alla stipula dell'atto costitutivo. In questo caso la figura dei promotori si confonde con quella dei soci fondatori e la legge non ha ragione di intervenire, se non per escludere che i soci fondatori possano riservarsi nell'atto costitutivo una partecipazione agli utili maggiore rispetto a quella consentita per i promotori (art. 2341 c.c.).

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro delle imprese. Situazione antecedente all'iscrizione

La **costituzione della società** è una fattispecie complessa a formazione successiva. Essa **risulta** dai seguenti atti:

- Stipula dell'atto costitutivo;
- Deposito e conseguente iscrizione nel registro delle imprese.

L'atto costitutivo deve essere stipulato per **atto pubblico** e deve contenere una serie di minuziose indicazioni previste dalla legge, tra le quali, nel sistema originario, era compresa quella del termine di durata: a seguito della riforma organica, invece, tale indicazione non è più necessaria, potendo anche le società di capitali essere contratte a tempo indeterminato.

Tali indicazioni corrispondono agli aspetti personali, patrimoniali e organizzativi che valgono a caratterizzare la società e la sua costituzione. Perciò si dispone espressamente che parte integrante dell'atto costitutivo è lo **statuto**, cioè l'atto contenente le norme sul funzionamento della società e si dispone che in caso di contrasto le clausole dello statuto prevalgono su quelle dell'atto costitutivo.

Il codice non prevedeva quali conseguenze dovessero derivare dalla inosservanza delle prescrizioni attinenti alla forma dell'atto costitutivo o al suo contenuto. La questione pare risolta dalla previsione fra le cause di nullità della società previste dall'art. 2332 c.c. della mancanza dell'atto pubblico: sicché deve ormai ritenersi che questo risponda ad esigenze di forma. La mancanza di talune delle indicazioni prescritte è invece irrilevante quando la lacuna possa essere colmata con una precisa disposizione di legge; così rispetto alla ripartizione degli utili, l'eventuale lacuna dell'atto costitutivo è colmata dall'art. 2350 c.c.

L'atto costitutivo deve essere **depositato**, a cura del notaio che lo ha ricevuto, nel termine di 20 giorni dalla stipulazione presso il registro delle imprese, nella cui circoscrizione è posta la sede sociale, con allegati i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni per la costituzione.

L'art. 2330 c.c. prevede che, contestualmente al deposito, viene richiesta l'**iscrizione nel registro delle imprese** previa verifica della sola regolarità formale della documentazione. Con l'iscrizione nel registro delle imprese, la società acquista la personalità giuridica.

Nel sistema originario, l'atto costitutivo era sottoposto ad un controllo di legalità da parte del Tribunale, al cui esisto positivo era subordinata l'iscrizione. Tale controllo è stato poi abolito dalla l. n. 340/2000, che ha modificato l'art. 2330 c.c. Il controllo ora affidato al notaio investe non soltanto la regolarità del processo formativo della società, e la validità sostanziale dell'atto costitutivo e delle sue clausole, ma anche la sussistenza di tutte le autorizzazioni e delle altre condizioni richieste per la costituzione, comprese quelle che presuppongono l'avvenuta stipulazione dell'atto costitutivo, in mancanza delle quali il notaio, una volta stipulato l'atto costitutivo, non può comunque depositarlo per l'iscrizione: in tal caso il termine di 20 giorni per il deposito decorre non dalla stipulazione, ma dalla consegna dei relativi provvedimenti.

Tradizionale e sicuramente delicato è il problema di determinare la **situazione giuridica antecedente all'iscrizione nel registro delle imprese**, e di stabilire se pure per le società di capitali possa riconoscersi una situazione di irregolarità tale da non intaccare la sostanza e l'esistenza della società.

L'affermare che la costituzione è per la società di capitali una fattispecie complessa significa:

- Da un lato porre in luce che, fin quando tutti gli elementi non si sono verificati, non si producono gli effetti tipici che dalla costituzione di una società di capitali derivano;
- Dall'altro lato significa riconoscere che, quando taluno degli elementi della fattispecie sia stato posto in essere, non è come se non si fosse fatto nulla, ma si è creata una situazione giuridicamente rilevante e produttiva di effetti giuridici seppure soltanto preliminari e prodromici.

Da ciò deriva che una società a responsabilità limitata o per azioni non sorge se non quando il processo costitutivo sia compiutamente esaurito; prima vi possono essere atti diretti alla costituzione di una società, ma una società non esiste. Fuori di luogo è pertanto parlare di una società per azioni o a responsabilità limitata irregolare, come impossibile è distinguere tra i rapporti interni e rapporti esterni.

Per un altro verso, se la società non esiste fin quando il processo di costituzione non si è compiutamente determinato, la stipulazione dell'atto costitutivo non è peraltro priva di qualsiasi rilevanza giuridica. Effetti giuridici indubbiamente si determinano in primo luogo nei confronti delle persone che ad essa hanno partecipato, e poi anche nei confronti del notaio e nei confronti di coloro che sono nominati amministratori.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Rispetto ai **soci**, l'effetto prevalente è quello per cui il contratto sociale è immediatamente vincolante e l'obbligo di conferimento è definitivamente assunto, per modo che il loro consenso non può essere ulteriormente revocato.

Il contratto sociale è sottoposto alla condizione risolutiva negativa della mancata iscrizione della società nel termine di 90 giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo o dal rilascio delle autorizzazioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società in relazione al suo particolare oggetto. La sua efficacia vincolante cessa pertanto in due ipotesi:

- Quando sia negata l'iscrizione dell'atto costitutivo da parte dell'ufficio del registro delle imprese, in presenza di irregolarità formali della documentazione;
- Quando non si sia proceduto alla iscrizione della società nel registro delle imprese, nel termine di 90 giorni dalla stipula: il termine è stato sensibilmente ridotto rispetto a quello originario di un anno.

In queste ipotesi, il socio è liberato dall'obbligo del conferimento e può chiedere la restituzione del versamento effettuato. Ma, fin quando una di queste ipotesi non si verifica, il contratto sociale è vincolante e ciascun socio può provvedere a spese della società al completamento della fattispecie costitutiva, con il deposito e la conseguente iscrizione dell'atto costitutivo e degli allegati.

L'art. 2330, comma 1 e 2, prevede che rispetto al **notaio** che ha ricevuto l'atto e rispetto agli **amministratori**, l'effetto è quello di determinare il sorgere a loro carico dell'obbligo di provvedere al deposito dell'atto costitutivo e degli allegati per la iscrizione: obbligo per la cui inosservanza sono comminate sanzioni amministrative, previste dall'art. 2630 c.c.

Non esistendo prima della iscrizione una società di capitali, non è concepibile una attività della società, attraverso i suoi organi, né una responsabilità della società per le obbligazioni eventualmente assunte, la quale grava esclusivamente su coloro che agiscono in nome della società non ancora costituita:

- Costoro sono infatti *responsabili personalmente e illimitatamente per le obbligazioni assunte* spendendo il nome della società non iscritta;
- Essi potranno rivalersi nei confronti della società, se alla costituzione si addiviene ed essa abbia approvato l'operazione posta in essere;
- Essi non potranno rivalersi nei confronti dei soci, se la costituzione non ha luogo.

Il fatto che siano stati nominati nell'atto costitutivo amministratori della società:

- Non li autorizza ad agire quali organi della società prima che questa sia costituita;
- Non consente loro di vincolare i soci, dato che, nella società di capitali, l'attività sociale incide esclusivamente sul patrimonio sociale e non anche su quello dei singoli soci, e dato che lo stesso obbligo di conferimento cade, se alla costituzione non si addiviene entro 90 giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo.

Soltanto in una ipotesi coloro che agiscono possono vincolare le persone che hanno partecipato all'atto costitutivo, nella ipotesi cioè in cui l'operazione sia stata compiuta in base ad un **mandato** di queste persone. Ma tale mandato non può ritenersi esistente per il solo fatto della stipula dell'atto costitutivo: la responsabilità illimitata viene infatti adesso espressamente riferita, oltre che a coloro che hanno agito, altresì a quelli, tra i soci fondatori, che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento l'operazione.

Costituitasi la società con la iscrizione nel registro delle imprese, coloro che hanno agito in nome della società hanno diritto di essere rilevanti dalla società stessa delle obbligazioni assunte e di essere rimborsati delle **spese** sostenute soltanto in quanto siano **necessarie** per la costituzione della società.

Per le altre obbligazioni e per le altre spese, anche quindi per quelle utili, l'art. 2331 prevede che è necessaria un'approvazione da parte dell'organo sociale competente per l'operazione in questione: in tal caso la società diviene direttamente responsabile nei confronti dei terzi, unitamente a coloro che hanno agito, ed è altresì tenuta a rilevare questi ultimi.

Quanto in particolare alla società per azioni, la legge vieta espressamente l'emissione delle azioni prima dell'iscrizione e la loro offerta al pubblico. Tale regola si giustifica:

- Per la sua ragione logica che, non essendovi ancora organi sociali in grado di esprimere la volontà della società e di agire in suo nome, i titoli azionari eventualmente emessi non potrebbero essere riferiti alla società e svolgere il loro ruolo di attribuire una posizione nella sua organizzazione;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Per l'esigenza di evitare la diffusione tra il pubblico di titoli circolanti il cui valore, non essendovi ancora la società e mancando ogni pubblicità al riguardo, risulta del tutto indefinito.

Non vi è motivo d'altra parte di disporre la nullità della vendita delle azioni prima dell'iscrizione: essa infatti è un atto non della società, bensì di chi ha partecipato alla sua costituzione, e non sussistono argomenti per escludere che la posizione giuridica in tal modo acquistata sia trasferibile.

La nullità della società

La specificità della costituzione delle società di capitali si rivelano anche nell'ipotesi in cui alcuni degli elementi della fattispecie risultino viziati.
La disciplina in proposito va oltre e supera quella generale del contratto e degli stessi contratti plurilaterali che circoscrive l'incidenza sull'intero contratto della nullità o dell'annullamento del singolo vincolo.
Questa disciplina generale, una volta avvenuta la loro iscrizione nel registro delle imprese, è per le società di capitali fondamentalmente superata da quella della **nullità della società** dettata dall'art. 2332 c.c., soprattutto sotto due profili:

- In quanto vengono limitati i casi di nullità;
- In quanto se ne regolano le *conseguenze* in termini sensibilmente diversi da quanto avviene nella disciplina generale del contratto.

A. Così, per il primo aspetto, la legge prevede che la nullità delle società può essere pronunciata soltanto in una serie di **ipotesi tipiche** dalla stessa individuate in coerenza con la generale tendenza a limitare per quanto possibile le cause di invalidità in materia societaria. Esse sono:
    a. La mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico;
    b. La mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale;
    c. L'illiceità del medesimo oggetto sociale;
    d. L'accoglimento dell'istanza per la cancellazione della società dal registro proposta dalle autorità competenti al rilascio delle autorizzazioni che costituiscono condizioni di iscrizione dell'atto costitutivo ai sensi dell'art. 2329, n. 3, c.c.

B. Al di là dell'individuazione delle ipotesi in cui la nullità può essere dichiarata, si pone poi il problema delle sue **conseguenze**, il problema cioè se sia possibile fare applicazione dei principi secondo cui dovrebbe derivarne l'efficacia *ex tunc* dell'intera fattispecie costitutiva. Al riguardo la legge esclude una retroattività della dichiarazione di nullità della società ed afferma il diritto dei creditori sul patrimonio sociale, disponendo che i soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento fino alla loro soddisfazione.
    In sostanza, la legge tiene conto che un'attività sociale vi è stata, anche se la società si è formata invalidamente, e che sulla base di tale attività sono sorti molteplici rapporti che non possono essere eliminati e considerati come inesistenti.

Connesse e dipendenti dalla efficacia *ex tunc* della dichiarazione di nullità sono le altre conseguenze affermate dalla legge e cioè:

- Da un lato quella della necessità di una **liquidazione della società**, attraverso la quale vengano definiti i rapporti antecedenti alla dichiarazione di nullità;
- Dall'altro quella per cui la nullità non può essere pronunciata quando la **causa di invalidità** sia stata **eliminata**, e di tale eliminazione sia stata data pubblicità mediante iscrizione nel registro delle imprese.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Organizzazione giuridica della società.

Considerazioni generali

La società di capitali, come persone giuridiche, hanno una propria organizzazione interna, risultano cioè composte di un complesso di organi, ciascuno dei quali ha una particolare sfera di competenze e particolari funzioni in ordine all'esplicazione dell'attività sociale.

I componenti degli organi sono legati alla persona giuridica da un rapporto interno e non anche da un rapporto intersoggettivo, e quindi in tale qualità formano parte integrante della persona giuridica, come elementi della sua soggettività. Tali organi, per le società di capitali, erano tradizionalmente:

- L'**assemblea dei soci**;
- Gli **amministratori**;
- Il **collegio sindacale**.

La distinzione tra le competenze poteva approssimativamente esprimersi con l'affermare che:

- All'assemblea erano attribuite funzioni deliberative;
- Agli amministratori compiti gestionali;
- Al collegio sindacale funzioni di controllo.

I **soci** vengono intesi fondamentalmente come investitori, perciò interessati soprattutto all'assetto organizzativo della società ed agli esiti economici della sua attività, quindi del proprio investimenti.

Agli **amministratori** è connessa la gestione dell'impresa sociale che essi, in quanto professionisti di ciò incaricati, conducono sotto la propria responsabilità.

In definitiva, una sorta di divisione del lavoro e di specializzazione delle funzioni che in certo modo corrisponde a caratteristiche tipiche di una complessa attività imprenditoriale.

Vi è d'altra parte da rilevare che tale quadro generale ed unitario si è profondamente modificato: e ciò con riferimento sia alla società per azioni sia alla società a responsabilità limitata.

A. Per quanto concerne la società per azioni, infatti, è ora consentita allo statuto una scelta tra diversi *sistemi di amministrazione e di controllo*; è possibile adottare:
   - Il **sistema c.d. tradizionale**, quello caratterizzato dalla presenza di *amministratori e collegio sindacale,* e che si applica nel silenzio dello statuto;
   - Il **sistema dualistico**, incentrato sulle figure del *consiglio di gestione* e del *consiglio di sorveglianza*;
   - Il **sistema monistico**, nel quale la funzione di amministrazione e quella di controllo sono affidate al *consiglio di amministrazione* e rispettivamente al *comitato per il controllo sulla gestione* costituito al suo interno.

   Si è voluto in tal modo affrontare il problema della c.d. *corporate governance*, la ricerca cioè dei modelli organizzativi imprenditoriali più efficienti e maggiormente in grado di operare in un'economia che si caratterizza per un elevato grado di competitività; e si è ritenuto che fosse preferibile rimetterla agli operatori economici. In tal senso si è offerta ad essi la possibilità di utilizzare modelli organizzativi in buona parte corrispondenti agli altri internazionalmente più diffusi, quello appunto dualistico che trova un parallelo nel sistema della tradizione anglosassone del *board.*

   D'altra parte, l'adozione di un determinato sistema di amministrazione e di controllo influisce sulle stesse competenze riconosciute all'**assemblea** dei soci: nelle società che hanno adottato il sistema dualistico, talune di queste competenze sono affidate al consiglio di sorveglianza e sottratte alla competenza dei soci.

   Qualunque sia il sistema adottato, la funzione di **revisione legale dei conti** viene esercitata di regola da un revisore legale dei conti o da una società di revisione legale.

   Questo quadro generale trova poi una diversificazione a seconda della modalità di approvvigionamento del capitale di rischio, a seconda cioè che, a tal fine, la società faccia o meno al mercato. Si distinguono sotto questo profilo:

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le c.d. **società aperte**, che si differenziano tra loro ulteriormente a seconda che le azioni della società:
  i. Siano diffuse fra il pubblico in misura rilevante;
  ii. Siano quotate in mercati regolamentati.
- Le c.d. **società chiuse**.

Per quanto riguarda in particolare le società quotate, deve notarsi che ad esse il legislatore assegna una specifica ed autonoma collocazione, dichiarando loro applicabile la disciplina generale solo in quanto non sia diversamente disposto nello stesso codice o in leggi speciali. Ne risulta una situazione la quale impone comunque un criterio espositivo che consideri in primo luogo la disciplina generale e comune e, salvo immediatamente segnalare i profili di maggiore rilevanza sistematica, rinvii ad una successiva autonoma trattazione l'esame della disciplina delle società emittenti titoli quotati.

B. La disciplina legale dell'organizzazione interna delle società a responsabilità limitata, invece, solo apparentemente ricalca quella del sistema tradizionale. Essa infatti svolge un **ruolo residuale**: l'autentica configurazione della organizzazione della società a responsabilità limitata è così in gran parte lasciata all'**autonomia privata**.
Il punto si coglie osservando che l'atto costitutivo:
   - È chiamato ad integrare la disciplina legale in ordine a profili di particolare rilevanza;
   - Può apportarvi significative deroghe, sia in ordine alle ripartizioni delle competenze tra soci ed amministratori, sia in ordine alle modalità di adozione delle decisioni dei soci e di esercizio della funzione di amministratore.

Così la legge affida all'atto costitutivo il compito di determinare le materie riservate alla competenza dei soci, limitandosi ad indicare le prerogative che non possono essere loro sottratte: tra le quali sono comprese anche decisioni tipicamente rientranti nell'amministrazione della società; così la legge stabilisce che, nel caso di pluralità di amministratori, costoro costituiscono il consiglio di amministrazione, consentendo tuttavia all'atto costitutivo non solo di disciplinare il funzionamento, ma anche di disporre che l'amministrazione sia affidata agli amministratori disgiuntamente o congiuntamente.

Ne consegue che alla società a responsabilità limitata è consentito superare quella sorta di divisione del lavoro che si realizza con la ripartizione di competenze tra l'organo cui partecipano i soci e l'organo amministrativo: è possibile così attribuire anche al primo funzioni gestionali ed in tal modo adottare soluzioni organizzative coerenti alla considerazione dei soci come soggetti interessati non soltanto all'esito economico del proprio investimento, ma anche ad un diretto coinvolgimento nell'attività imprenditoriale della società.

Le deliberazioni dei soci

Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci

Nelle società di capitali, la funzione decisionale dei soci per la società si svolge mediante lo strumento della **deliberazione**, cui è tipica l'applicazione del **principio maggioritario**, il quale non sempre è il risultato di un procedimento **collegiale**, in quanto quest'ultimo può subire deroghe parziali, o addirittura essere eliminato (nelle società a responsabilità limitata).

A. Per le **società per azioni**, pur rimanendo imperativa l'esigenza dell'assemblea, è stata generalizzata la possibilità di un voto per corrispondenza; si può prevedere anche l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione, e la possibilità che il voto sia espresso in via elettronica;
B. Nella società a responsabilità limitata, il metodo assembleare è necessariamente richiesto solo per le decisioni riguardanti le modificazioni dell'atto costitutivo e per quelle relative al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale statutario o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In ordine alle altre materie, l'atto costitutivo di tale società può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, salvo il potere riconosciuto al singolo amministratore ed ai soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale di chiedere che la decisione sia comunque adottata in sede assembleare.

Decisione e deliberazione sono due tecniche diverse ma che raggiungono un risultato omogeneo: anche nel caso delle decisioni il socio, con il proprio consenso, esercita il diritto di partecipare al procedimento esprimendo il proprio voto.

Perciò è omogenea la disciplina dell'invalidità nelle due ipotesi, in quanto si tratta di un atto validamente riferibile alla società nel presupposto che siano rispettate le regole procedimentali per esso dettate.

La costituzione dell'assemblea: la convocazione

In tutti i casi sono necessarie **regole procedimentali** affinché i soci possano operare come organo della società e affinché la loro manifestazione di volontà possa valere come manifestazione di volontà sociale.

In ordine alle **decisioni non assembleari** dei soci di società a responsabilità limitata, la manifestazione del loro consenso può avvenire mediante documentazione scritta idonea ad individuare con chiarezza l'argomento della decisione ed il consenso della stessa (art. 2470, comma 3, c.c.), ed essa deve essere conservata dalla società (art. 2478 c.c.).

Nel caso delle **deliberazioni assembleari**, che si ha necessariamente nella società per azioni, e nella società a responsabilità limitata si verifica quando l'atto costitutivo non preveda diverse tecniche e nelle ipotesi previste dall'art. 2479, comma 2, c.c., si pone il problema di assicurare il principio della presenza proprio del metodo collegiale e di regolare i modi di svolgimento della riunione.

Si richiede che l'**organo assembleare** sia regolarmente costituito e in grado di funzionare come tale, e a tale fine si pongono come presupposti:

- La **convocazione dell'assemblea**: essa deve contenere l'indicazione delle materie da trattare, ossia l'ordine del giorno, il quale fissa e delimita la competenza dell'assemblea, la quale non può prendere deliberazioni su materie da esso non indicate, o su materie non strettamente connesse a quelle previste. Le formalità della convocazione sono tra loro diverse a seconda del grado di diffusione delle partecipazioni e dei rapporti della società con il mercato finanziario.

  Nella società per azioni, l'assemblea è convocata dall'amministratore unico, dal consiglio di amministrazione o dal consiglio di gestione, mediante avviso, contenente l'indicazione del giorno, ora e luogo dell'adunanza, e l'elenco delle materie da trattare. Nella società a responsabilità limitata l'atto costitutivo determina i modi di convocazione dell'assemblea. In mancanza, si attua mediante lettera raccomandata da inviarsi al domicilio risultante dal registro delle imprese, almeno 8 giorni prima di quello fissato per l'adunanza che deve tenersi presso la sede della società.

  La convocazione dell'assemblea è in generale di competenza e rimessa al criterio discrezionale degli **amministratori**. In una serie di ipotesi, tuttavia, la legge prevede l'*obbligo* degli amministratori di procedere alla convocazione dell'assemblea.
  - Nella società a responsabilità limitata la convocazione può essere richiesta da uno o più amministratori, o da un numero di soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, anche se si tratta di una decisione per la quale l'atto costitutivo non richiede l'adozione del procedimento assembleare.
  - Nella società per azioni può esserne fatta domanda dai soci che rappresentino almeno un decimo del capitale sociale o la minor percentuale prevista dallo statuto, la quale contenga gli argomenti da trattare: in caso di ingiustificato rifiuto degli amministratori, il tribunale provvede alla convocazione (art. 2367 c.c.).

  In casi particolari l'assemblea deve essere convocata dal **collegio sindacale** o, nelle società che hanno adottato il sistema dualistico, dal consiglio di sorveglianza.

  Per l'**assemblea totalitaria** è dettata una disciplina specifica, che ricorre qualora non solo sia rappresentato l'intero capitale sociale, ma sia presente, per la società per azioni, la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per la società a responsabilità limitata la legge richiede invece la partecipazione dell'intero capitale e che tutti gli amministratori e, per le società in cui esista, i membri del collegio sindacale risultino presenti, o anche se assenti, informati della riunione. In tali casi, la mancata osservanza delle formalità di convocazione non ha per legge rilevanza: ciascuno degli intervenienti può opporsi alla trattazione di singoli argomenti, adducendo la sua insufficiente informazione, e impedire che su di essi si adotti, in quella assemblea, una deliberazione.

- La **presenza dei soci rappresentanti una determinata parte del capitale sociale** (c.d. *quorum costitutivo*) fornito del diritto di voto.

***Quorum* costitutivi e *quorum* deliberativi**

L'assemblea non è regolarmente costituita e quindi non può deliberare se non è rappresentata da una determinata parte del capitale sociale fornito di diritto di voto, che:

- Nella società a responsabilità limitata coincide con l'intero capitale, poiché tale diritto spetta inderogabilmente ad ogni socio;
- Nella società per azioni si determina sottraendo il capitale corrispondente alle categorie di azioni cui non compete il diritto di voto nella specifica assemblea.

È questo il ***quorum* costitutivo**, che si distingue dal ***quorum* deliberativo** il quale invece indica le maggioranze necessarie per la validità delle deliberazioni da prendere.

a) Nella società a responsabilità limitata:
   - Viene adottata per l'assemblea una soluzione unitaria in tema di ***quorum* costitutivo**, che consiste nella presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale;
   - Per l'**adozione della decisione** è richiesto il voto favorevole della *maggioranza assoluta del capitale rappresentato in assemblea* (***quorum* deliberativo**);
   - Per modifiche dell'atto costitutivo o per il compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale statutario, o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, è necessario che la maggioranza rappresenti almeno la metà del capitale (art. 2479-*bis*, comma 3, c.c.)

   Per le decisioni dei soci, è rilevante il *quorum* deliberativo, essendo richiesto il voto favorevole di una maggioranza di soci che rappresenti almeno la metà del capitale sociale, e dunque una percentuale più elevata di quella necessaria in caso di assemblea, in quanto tutti i soci possono esprimere il proprio voto senza partecipare ad una riunione ed è quindi possibile considerarli come se fossero tutti presenti. La rinuncia e la transazione all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori si intendono approvate qualora si consti il voto favorevole di due terzi del capitale sociale e non vi si oppongano soci che rappresentano un decimo del capitale medesimo.

b) Nella società per azioni la disciplina si articola in considerazione:
   - Della materia da trattare;
   - Della previsione di due tipi distinti di assemblea: ordinaria e straordinaria;
   - Della previsione di complesse modalità di svolgimento del procedimento assembleare (una seconda convocazione in caso di mancata realizzazione del *quorum* costitutivo);
   - Dalla previsione di un trattamento differenziato per le assemblee di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le quali si tengono in un'unica convocazione, per la quale valgono le regole stabilite per la seconda e terza convocazione

   Per la **prima convocazione**: in caso di assemblea ordinaria, si prevede un *quorum* costitutivo consistente nella partecipazione di almeno la metà del capitale sociale fornito di diritto di voto ed un *quorum* deliberativo pari alla maggioranza assoluta. Per quella straordinaria, è richiesto che la deliberazione sia adottata con il voto favorevole di più della metà del capitale sociale.
   Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio si richiede un quorum costitutivo pari alla metà del capitale sociale, mentre a fini deliberativi, il voto favorevole di almeno 2/3 del capitale rappresentato in assemblea.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per la seconda convocazione: l'assemblea ordinaria non prevede alcun *quorum* costitutivo e può dunque deliberare qualunque sia la parte di capitale sociale in essa rappresentata, né è previsto alcun quorum deliberativo e per l'approvazione della deliberazione è sufficiente il voto favorevole della maggioranza del capitale in assemblea.
Per l'assemblea straordinaria è richiesta la presenza di oltre un terzo del capitale sociale e il voto favorevole di almeno due terzi del capitale rappresentato in assemblea.
Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è richiesto un *quorum* deliberativo rafforzato (il voto favorevole di più di un terzo del capitale sociale) per deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, il trasferimento della sede all'estero e l'emissione di azioni privilegiate.
Per le convocazioni successive alla seconda si applicano le regole dettate per l'assemblea di seconda convocazione.
Nella società per azioni: è possibile che lo statuto richieda *quorum* più elevati con riferimento all'assemblea ordinaria e a quella straordinaria, sia in prima sia in seconda convocazione; è consentito quindi rinunciare a quell'esigenza volta ad agevolare la loro assunzione cui fondamentalmente si ispira la disciplina legale, la c.d. **facilità deliberativa**. Tale possibilità è preclusa quando si tratta di deliberazioni la cui mancata adozione comprometterebbe la funzionalità stessa della società, come quelle concernenti l'approvazione del bilancio e la materia della nomina e della revoca delle cariche sociali.

Assemblea ordinaria e straordinaria di società per azioni

In relazione alla società per azioni, tradizionalmente si distingue tra assemblea ordinaria e straordinaria. Siffatta distinzione individua differenti regole, concernenti fondamentalmente i *quorum*, i soggetti legittimati a partecipare e le formalità procedimentali, sulla cui base in considerazione della materia trattata l'organo assembleare può validamente deliberare.

A. La competenza dell'**assemblea ordinaria** di società per azioni è diversa a seconda del sistema di amministrazione e di controllo, che può essere monistico o dualistico.
   Nel primo caso, ove non vi sia il consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria (art. 2364):
   a. Provvede alla **nomina** degli altri organi sociali (amministratori, collegio sindacale), alla sostituzione dei loro membri (in caso di cessazione della carica), e alla loro eventuale revoca, e ne determina la retribuzione ove non sia stabilita nello statuto;
   b. Delibera sulla loro **responsabilità**;
   c. Approva il **bilancio** annuale;
   d. Decide sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla sua competenza (distribuzione degli utili, nomina, revoca e fissazione del corrispettivo del revisore contabile);
   e. Concede le **autorizzazioni** richiese dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma la responsabilità di questi per gli atti compiuti;
   f. Approva l'eventuale **regolamento** dei lavori assembleari.

   Nelle società che hanno adottato un sistema dualistico (provviste del consiglio di sorveglianza), l'assemblea ordinaria provvede alla **nomina** e alla **revoca** dei consiglieri di sorveglianza, determina il loro **compenso** (se non è stabilito nello statuto), delibera sulla loro **responsabilità**; nomina il **revisore**; delibera sulla distribuzione degli **utili** (ma non sull'approvazione del bilancio, competenza che spetta al Consiglio di sorveglianza, anche se lo statuto può prevedere che, in caso di mancata approvazione del bilancio, o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o quello di sorveglianza, la competenza sia attribuita all'assemblea).
B. L'**assemblea straordinaria** di società per azioni delibera:
   a. Sulle modificazioni dello statuto;
   b. Sulla nomina, sostituzione, e sui poteri dei liquidatori, e su altre materie attribuite dalla legge alla sua competenza (art 2365 c.c.)

   Lo statuto può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo (o nel caso di sistema dualistico, del consiglio di sorveglianza, o del consiglio di gestione) le decisioni concernenti

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

l'incorporazione di società possedute almeno al 90%, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione degli amministratori forniti del potere di rappresentanza, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative, e il trasferimento della sede sociale all'interno del territorio nazionale.

Diritto di intervento e diritto di voto

- Nella società a responsabilità limitata, ove il socio si caratterizza per il suo investimento e in quanto interessato alla gestione imprenditoriale della società, non ha senso ipotizzare che esso sia privo del potere di partecipare con il proprio voto alle decisioni dei soci.
- Nella società per azioni, essendo centrale la prospettiva dell'investimento azionario, ed essendo consentita la creazione di categorie di azioni che si distinguano per la diversa spettanza oppure no del diritto di voto, può accadere che di tale diritto siano privi alcuni azionisti e si può porre il problema se ad essi competa quello di intervenire in assemblea: problema risolto nel senso che hanno diritto di intervenire all'assemblea soltanto cui spetta il diritto di voto (art. 2470 c.c.). Quindi l'intervento in assemblea ha un carattere strumentale per l'esercizio del voto.

Hanno diritto di intervenire i componenti degli organi di amministrazione e di controllo: per questi la partecipazione all'assemblea costituisce un obbligo e per i sindaci la mancata partecipazione senza giustificato motivo rappresenta una causa di decadenza dall'ufficio (art. 2405 c.c.).

Con riferimento agli stessi soci, possono verificarsi ipotesi in cui, pur spettando il diritto di voto, esso non può essere concretamente esercitato. La legge dispone che in tal caso le relative azioni sono computate ai fini della costituzione dell'assemblea, ma non del calcolo della maggioranza richiesta per l'approvazione della delibera (art. 2368 c.c.).

Esempi contenuti nel codice civile: le azioni del socio moroso (art. 2344), del socio di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio che partecipi ad un patto parasociale non dichiarato in assemblea , delle azioni proprie di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del socio amministratore rispetto alle determinazioni riguardanti la sua responsabilità, o del socio consigliere di gestione in ordine alla nomina, alla revoca ed alla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza, e dell'accomandatario in ordine alla nomina e alla revoca dei sindaci o dei consiglieri di sorveglianza e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti ed alla deliberazione dell'azione di responsabilità.

In tale contesto, particolare è la **posizione del socio in conflitto di interessi**: la legge non prevede più un divieto di voto, ma dispone che la deliberazione (o la decisione) assunta con il voto (o con la partecipazione) determinante di colui che ha, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è invalida qualora possa recare danno alla società.

Nell'ipotesi in cui il voto è stato espresso da chi non poteva esercitare il relativo diritto, la deliberazione è invalida quando il voto è stato determinante per la formazione della maggioranza; nella disciplina del conflitto di interessi si vuole evitare una deviazione dall'interesse sociale, ed è necessario che si sia verificato un danno alla società.

Nel caso in cui le azioni o le quote siano costituite in **pegno** o in **usufrutto**, o quando le azioni formino oggetto di **sequestro** o di un contratto di riporto, la legge attribuisce il diritto di voto, salvo patto contrario, al creditore pignoratizio, all'usufruttuario, al custode (artt. 2352 e 2471 c.c.) e al riportatore (art. 1550 c.c.).

Alle società di capitali si applica il principio secondo cui il peso del voto al fine della formazione della deliberazione è determinato in base al *quantum* di capitale corrispondente alla partecipazione per la quale il voto viene espresso (nella società a responsabilità limitata in base alla quota del socio, nella società per azioni in base al numero di azioni di sua titolarità). Ciò viene espresso con la regola di cui all'art. 2351:

Ogni azione attribuisce il diritto di voto.

Ci si interroga se e in quali circostante si possa consentire al socio di società per azioni un voto divergente, ossia difforme con le differenti azioni di cui è titolare.

Ipotesi che si giustifica quando il soggetto formalmente socio è in realtà portatore di interessi tra loro differenti.

La clausola statutaria prevede un limite massimo di possesso azionario: essa pone il divieto di esercitare il voto per le azioni eccedenti tale limite.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tale clausola è stata espressamente consentita per le società "privatizzate", con la quale si vorrebbe impedire il formarsi di situazioni precostituite di controllo della società e impedire anche "scalate" della stessa. Sono invece ammesse, in via generale, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le clausole volte a stabilire limiti o scaglionamenti al diritto di voto.

La rappresentanza in assemblea

Il **voto**, essendo manifestazione di volontà del socio, può essere espresso anche mediante rappresentante. Problema è soltanto quello che sussistano adeguati requisiti perché in tal caso il voto possa svolgere la propria efficacia nell'ambito del meccanismo deliberativo della società.

La questione non rappresenta aspetti particolari quando il potere di rappresentanza compete nel quadro di una più ampia funzione di gestione degli interessi del socio, nella società o anche altrove. In tal caso, che pare l'unico possibile nell'ipotesi di voto extra-assembleare, non vi è motivo per cui il conferimento del potere non possa avvenire secondo modi di diritto comune: vi è solo l'esigenza che essi siano comunicati alla società e assumano così rilievo nel suo ordinamento.

Problemi specifici si hanno invece quando il potere di rappresentanza ha per oggetto **direttamente** la partecipazione all'assemblea: in questo caso, infatti, le stesse modalità del suo conferimento in certo modo riguardano lo svolgimento stesso del procedimento assembleare.

In tal senso si distingue tra:

- La rappresentanza conferita per singole assemblee;
- La rappresentanza risultante da procura generale.

Nel primo caso, che potremmo allora intendere come rappresentanza assembleare in senso stretto, si pongono perciò i requisiti della documentazione scritta dell'atto di conferimento del relativo potere, della esplicita indicazione in essa del nome del rappresentante, della sua revocabilità e della conservazione dei relativi documenti da parte della società.

Non vi è dubbio comunque che il problema più rilevante sia quello dei **limiti** entro cui consentire l'utilizzazione di rappresentanti per l'esercizio del diritto di voto, entro cui ammettere cioè la partecipazione di estranei alla deliberazione, con la connessa eventualità che su di essa influiscano interessi parimenti estranei a quelli sociali.

Si tratta senza dubbio di una questione delicata caratterizzata:

- Dall'esigenza di assicurare al massimo grado possibile la genuinità del voto;
- Dall'esigenza opposta di non limitare eccessivamente uno strumento in grado comunque di consentire, seppur in forma indiretta, la partecipazione del socio.

Si tratti di due esigenze che diversamente si presentano nella disciplina generale e in quella delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, per le quali allora si prevedono adesso soluzioni nettamente distinte.

Così in via generale se sia nella società per azioni sia in quella a responsabilità limitata è possibile che lo statuto o l'atto costitutivo escludano la rappresentanza in assemblea, ciò non è più consentito per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Il che appunto spiega per la finalità di permettere in questo secondo caso l'utilizzazione della rappresentanza:

- Ove già il socio investitore è per lo più disincentivato dal partecipare all'assemblea;
- Ove sono ammesse dall'ordinamento tecniche specifiche per l'esercizio del voto tramite delega, l'utilizzazione di uno strumento, quello appunto della rappresentanza, comunque utile per partecipare alle scelte della società.

Lo stesso approccio è rilevabile con riferimento ai limiti sia soggettivi sia oggettivi entro i quali, specificamente per la società per azioni, la delega può essere conferita. Così se si esclude la possibilità di conferire la rappresentanza ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo ed ai dipendenti della società e delle società dalla stessa controllate, e si prevedono limiti quantitativi al numero di soci che possono essere rappresentati dalla medesima persona, entrambe le regole sono dichiarate inapplicabili alle società con azioni quotate, in ordine alle quali si è introdotta un'articolata disciplina del

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

conflitto di interessi del rappresentante, in sostituzione del divieto di rappresentanza originariamente operante anche nei confronti dei componenti degli organi di tale società: divieto che permane invece per il revisore legale.

D'altra parte, se la ragione di una disciplina in certo modo più permissiva per le società con aioni quotate si rinviene nell'opportunità di utilizzare la delega come strumento mediante il quale l'azionista può manifestare i propri orientamenti senza affrontare i costi di una diretta partecipazione all'assemblea, si comprende perché con riferimento a tali società si disponga che la rappresentanza può essere conferita soltanto per singole assemblee, anche se ha effetto per le successive convocazioni, salvo che si tratti di procura generale o conferita da una società o da un ente collettivo ad un proprio dipendente.

Diverso è invece il senso della regola secondo cui, quando la rappresentanza sia stata conferita ad un ente collettivo, quest'ultimo può delegare soltanto un proprio **dipendente** o un **collaboratore**. Qui, dovendosi naturalmente individuare la persona fisica che concretamente partecipa all'assemblea:

- Per un verso si esclude la soluzione eccessiva di richiedere che sia necessariamente il rappresentante legale dell'ente;
- Per un altro verso si circoscrive l'ambito di chi può essere a tale scopo designato.

La riunione assembleare: presidenza e verbale di assemblea

Quando viene adottato un **metodo extra-assembleare**, come può avvenire soltanto nella società a responsabilità limitata, non vi è per definizione alcuna riunione della quale disciplinare i modi di svolgimento. In tal caso la legge dispone che:

- Il **consenso** dei soci deve essere manifestato per **iscritto**;
- La relativa documentazione deve essere conservata dalla società;
- All'atto costitutivo può essere affidato il compito di regolare le modalità di raccolta di tale consenso, per esempio per quanto concerne i tempi entro cui deve essere manifestato.

Nel caso invece di **riunione assembleare** si pone una serie di esigenze regolamentari ben più articolate e complesse. Perché il suo svolgimento possa essere ordinato è necessario in particolare un **Presidente**, dotato appunto di poteri ordinatori, ed è necessaria una serie di regole in grado di guidarne l'esercizio.

Così, per il primo aspetto, in entrami i tipi di società si richiede un Presidente dell'assemblea che è la persona indicata nello statuto o nell'atto costitutivo, per lo più il Presidente della società, e in mancanza la persona eletta dalla maggioranza dei presenti. Si richiede inoltre nelle società per azioni che il Presidente sia assistito da un segretario, scelto tra i partecipanti all'assemblea. La nomina del segretario non è necessaria quando il verbale sia redatto da un notaio.

Per quanto concerne il secondo aspetto è possibile ed è prassi diffusa, specie nelle società di maggiori dimensioni, che, l'assemblea stessa adotti un regolamento dei lavori assembleari, il quale svolge essenzialmente il ruolo di disciplinare profili della riunione che rientrerebbero altrimenti nei poteri discrezionali di chi la presiede.

La **riunione** si suddivide in due fasi:

- In una pima fase si accerta la regolare costituzione dell'organo e cioè l'osservanza delle formalità di convocazione, la presenza del numero di soci necessario per deliberare sugli oggetti posti all'ordine del giorno, l'identità e la legittimazione dei presenti a partecipare all'assemblea e alle sue deliberazioni: questo accertamento è compiuto dal Presidente dell'assemblea;
- In una seconda fase l'assemblea discute e delibera sugli oggetti posti all'ordine del giorno. In questa fase i poteri del Presidente sono quelli che attengono all'ordinato e regolare svolgimento dei lavori; non è invece nel potere del Presidente escludere dall'assemblea o dalla votazione un socio. Il Presidente deve infine accertare i risultati delle votazioni.

Della riunione dell'assemblea deve essere redatto il **processo verbale**: esso ha la funzione soprattutto di dar conto degli accertamenti compiuti dal Presidente e di far risultare le due fasi dell'attività assembleare e le deliberazioni prese.

La disciplina della società per azioni differisce da quella della *società a responsabilità limitata* per due aspetti:

- Solo in tema di società per azioni si richiede che il verbale sia sottoscritto dal presidente e dal segretario, con la conseguenza che nella S.r.l. può ritenersi ammissibile il cumulo delle due funzioni nella stessa persona;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- La legge, in tema di società per azioni, prescrive più analiticamente che il verbale indichi la data dell'assemblea, le modalità e il risultato delle votazioni, il riassunto delle dichiarazioni dei soci pertinenti all'ordine del giorno. In occasione della riforma organica si è inoltre precisato che dal verbale devono risultare anche l'indicazione dell'identità dei partecipanti in modo da consentire l'individuazione dei soci, favorevoli, astenuti o dissenzienti.

Per le **assemblee straordinarie** di società per azioni e per quelle **che modificano l'atto costitutivo** di società a responsabilità limitata il verbale deve essere redatto da **notaio**: il che consente di assicurare un controllo di legittimità analogo a quello previsto per l'atto costitutivo.

Il verbale deve essere redatto senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione: la redazione del verbale è l'unico atto che il Presidente e il segretario possono compiere ad assemblea chiusa, dal momento che le altre funzioni del Presidente e del segretario si esauriscono con la chiusura dell'assemblea. L'articolo 2421 c.c. prevede che tutti i verbali, anche quelli redatti per atto pubblico, devono essere trascritti in apposito libro.

In proposito merita di essere sottolineato che la funzione del verbale deve essere intesa per il suo ruolo ai fini del procedimento assembleare e non utilizzando le categorie negoziali della forma *ad substantiam o ad probationem*. Perciò le sue anomalie e la sua stessa mancanza sono definite secondo criteri che guardano alla funzione del procedimento e al suo concreto significato nell'attività della società.

Efficacia delle deliberazioni dei soci

Le **funzioni decisionali** attribuite ai soci si svolgono essenzialmente all'interno della società. Perciò le determinazioni così raggiunte possono assumere rilievo nei confronti dei terzi in quanto costituiscano il presupposto della manifestazione di volontà sociale emessa da un altro organo sociale, in particolare l'organo amministrativo.

Espressamente l'art. 2377 c.c. dispone che le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità delle disposizioni di legge e dell'atto costitutivo, sono vincolanti per tutti i soci, e cioè anche per gli assenti e dissenzienti, come per gli organi sociali, in quanto costituiscono manifestazione della volontà sociale.

L'**efficacia generale** della deliberazione è una conseguenza necessaria e ineliminabile del principio maggioritario. Il che è confermato anche dalla circostanza che in determinate ipotesi è riconosciuto al socio dissenziente il **diritto di recesso**: per paralizzare nei propri confronti l'efficacia vincolante della deliberazione è necessario porsi al di fuori di quell'ordinamento sociale in cui la deliberazione vige.

L'efficacia della deliberazione si determina normalmente per il fatto stesso che la deliberazione è presa e da questo momento; ma talora l'efficacia si determina soltanto con l'iscrizione nel registro delle imprese: è quanto avviene per le deliberazioni che importano modificazione dell'atto costitutivo.

Per le deliberazioni che debbono essere sottoposte alla pubblicità legale, a venire in considerazione è la questione della loro opponibilità che viene naturalmente risolta, nel senso che esse in tanto sono opponibili ai terzi ignari, in quanto siano iscritte nel registro delle imprese: tali sono le deliberazioni di **nomina** o di **revoca** degli amministratori, dei liquidatori e dei componenti degli organi di controllo.

Altro ancora è il tema dell'eseguibilità della deliberazione, quando è sospesa per un determinato termine dall'iscrizione nel registro delle imprese, durante il quale è riconosciuto un diritto di opposizione dei creditori. Così avviene per le deliberazioni:

- Di riduzione del capitale sociale con riduzione del patrimonio (artt. 2445 e 2482 c.c.);
- Di revoca dello stato di liquidazione (art. 2487 c.c.);
- Di trasformazione eterogenea (art. 2500 c.c.);
- Di fusione e di scissione (art. 2503 c.c.);
- Di costituzione di un patrimonio destinato (art. 2447 c.c.).

Invalidità delle deliberazioni dei soci: le fattispecie

Le deliberazioni dei soci possono essere **invalide**. Ed anche a tale proposito è da rilevare sia una differenziazione di discipline tre la società per azioni e quella a responsabilità limitata.

Comune a esse è:

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- La ricerca di un adeguato equilibrio tra l'esigenza di non pregiudicare eccessivamente la stabilità delle deliberazioni e quella di fornire idonea tutela agli interessi che dalle anomalie della deliberazione potrebbero essere danneggiati;
- La questione generale se ed in che senso le peculiarità del procedimento deliberativo possono essere comprese alla luce del sistema generale dei vizi del negozio giuridico. È chiaro del resto, per tale aspetto, che alcuni di tali vizi non sono ipotizzabili con riferimento alla deliberazione.

Non sono concepibili vizi quali l'illiceità della causa o dei motivi e i vizi della volontà. Essi presuppongono un rapporto intersoggettivo e non possono quindi essere riferiti ad un atto interno come la deliberazione. Per un altro verso sono inconcepibili quei vizi della volontà che sono previsti dal codice civile per le persone fisiche (errore, dolo e violenza), così come sia impossibile parlare di motivi della deliberazione e quindi di una eventuale loro rilevanza. Di vizi della volontà o dei motivi è possibile parlare con riferimento ai singoli voti, ma se pure questi vizi o questi motivi potessero essere considerati rilevanti, essi lo sarebbero solo in quanto influiscano sulla formazione della delibera e si traducano oggettivamente in un'anomalia del procedimento da cui risulta, qualora cioè a risultare viziati siano voti rilevanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta.

Ma la questione riguarda l'utilizzabilità stessa e il modo di utilizzazione delle categorie generali della **nullità** e della **annullabilità**. Ed è proprio qui che le discipline in tema di società per azioni e di società a responsabilità limitata paiono divergere.

In effetti, la legge continua a parlare espressamente di annullabilità e di nullità solo in ordine alle deliberazioni di società per azioni, mentre con riguardo alle decisioni dei soci di società a responsabilità limitata, siano esse assunte dall'assemblea oppure secondo un metodo extra-assembleare, si riferisce genericamente ad una invalidità, poi sottoposta a regimi differenziati a seconda della sua causa.

Comune a tutte le ipotesi è in definitiva la previsione di una **impugnativa**, poi diversamente disciplinata.

Da ciò parrebbe divergere soltanto quanto disposto dal comma 2 dell'art. 2379 c.c. per le deliberazioni "nulle" di società per azioni, ove si prevede che la "nullità" possa essere rilevata d'ufficio dal giudice (disposizione invece assente nella disciplina della società a responsabilità limitata).

A tutte le ipotesi sono pure comuni:

- La predisposizione di una tutela dei diritti acquistati in buona fede dai terzi in basi ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione invalida;
- La previsione che la deliberazione non può essere caducata quando sostituita da altra valida.

Entrambe queste regole, dettate a proposito della società per azioni, sono infatti espressamente richiamate in materia di società a responsabilità limitata. Si presuppone quindi, anche nelle ipotesi formalmente qualificate come di "nullità", una efficacia della deliberazione incompatibile con la disciplina generale in materia di negozio nullo.

In realtà questi dati normativi mettono in evidenza due **caratteristiche** di fondo delle deliberazioni sociali che le distinguono dagli ordinari schemi negoziali, relative da un lato alla loro **funzione operativa**, dall'altro alle loro **caratteristiche strutturali**.

A. Si tratta, per il primo aspetto, di considerare che **funzione della deliberazione** non è fondamentalmente quella di costituire rapporti giuridici e di fondare pretese, bensì di rappresentare un momento dello svolgimento dell'attività sociale in cui si inserisce. In questo senso essa si pone come uno dei fatti che la compone; e in questo senso, una volta che tale fatto si sia realizzato, può sorgere l'esigenza, quando illegittimo, che si provveda alla *eliminazione* della sua rilevanza per la società.
   Perciò in ogni caso di invalidità, anche quando qualificata come nullità, è possibile che il sopraggiungere di ulteriori fatti escluda che a tale eliminazione si possa addivenire; e perciò, in via generale, analogo risultato può aversi in conseguenza del decorso del tempo, in radicale contrasto, quindi, con la inefficacia originaria, assoluta e definitiva che in via generale caratterizza la nullità del negozio.
B. Si tratta anche, per il secondo aspetto, di prendere atto che la **deliberazione** è suscettibile di valutazione da parte dell'ordinamento giuridico essenzialmente sotto due aspetti, vale a dire in

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

considerazione del procedimento sulla cui base è stata adottata e in considerazione di quanto con essa è stato deciso. Le sue anomalie possono cioè presentarsi nei termini:

a. Di vizi della formazione;
b. Di vizi del contenuto.

C. Questa dicotomia corrisponde del resto al modo in cui vengono distinti i due diversi regimi in cui si articola la disciplina dell'invalidità, quelli che per le società per azione la legge denomina "annullabilità" e "nullità" delle deliberazioni:

a. Il primo applicabile alle deliberazioni che non sono prese in conformità dalla legge o dello statuto o dell'atto costitutivo;
b. Il secondo applicabile alle ipotesi di impossibilità o illiceità dell'oggetto.

Divergenti da questa prospettiva potrebbero invece apparire:

- La qualificazione in termini di "nullità".
- La sottoposizione quindi al relativo regime delle ipotesi di mancata convocazione e di mancanza del verbale.
- E per la società a responsabilità limitata, l'assimilazione alle deliberazioni impossibili o illecite di quelle "*prese in assenza assoluta di informazione"*.

Per il primo aspetto si è trattato di un intervento del legislatore della riforma organica volto a rafforzare le esigenze di certezza e stabilità dell'aione societaria, quindi per quanto ora ci occupa delle deliberazioni dei soci. E a tal fine è apparso necessario espressamente disciplinare anche ipotesi le quali avevano indotto la giurisprudenza a discorrere di una inesistenza della deliberazione.

D'altra parte è significato che nel loro concreto trattamento l'assimilazione ai casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto sia solo **parziale**, assumendo quindi ancora rilievo la circostanza che si tratta in definitiva di vizi che riguardano pur sempre la formazione della deliberazione, e non invece il suo contenuto. La legge infatti circoscrive decisamente le ipotesi in cui può parlarsi di **mancanza della convocazione e del verbale**, e non di loro mera irregolarità; e soprattutto individua per tali ipotesi casi di **sanatoria** che chiaramente tengono conto del carattere procedimentale del vizio e ne sottolineano così la peculiarità rispetto agli altri casi di cui condividono il regime dell'impugnativa.

Così, per quanto concerne *la mancanza di convocazione,* si esclude che possano impugnare la deliberazione coloro che anche successivamente hanno dichiarato il proprio consenso allo svolgimento dell'assemblea.

Per quanto concerne *la mancanza di verbale* una "sanatoria" è possibile mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva con la conseguenza:

- Da un lato che la società può in certo modo ed in tali limiti temporali disporre della situazione di invalidità.
- Dall'altro che a tal fine appare sufficiente attuare l'adempimento procedimentale mancante, senza la necessità, invece sussistente nell'ipotesi di invalidità per vizi del contenuto, di "sostituire" l'intero procedimento deliberativo.

Il delineato sistema dell'invalidità delle deliberazioni dei soci merita di essere confrontato con riferimento all'ipotesi in cui mediante esse si incide su diritti dei soci. Diviene ora possibile articolare il discorso distinguendo concretamente una serie di ipotesi.

- Quando la deliberazione dispone di diritti del socio come terzo si deve parlare non tanto di sua invalidità, quanto di **inefficacia**, poiché la società, come ogni altro soggetto, non può disporre di diritti altrui: con la conseguenza che neppure vi è bisogno di proporre alcuna impugnazione;
- Quando la deliberazione riguarda i diritti che competono al socio in quanto tale, e cioè i cc.dd. diritti individuali del socio sembra necessario distinguere il ruolo che quei diritti svolgono sull'uno e sull'altro piano. Possono così individuarsi:
  - **Diritti del socio indisponibili da parte della società**;
  - **Diritti del socio indisponibili da parte del socio**.

  In questi casi la deliberazione è nulla in quanto impinge contro una norma imperativa di legge: non è dubbio che in questo caso la causa della invalidità risiede nella illiceità dell'oggetto.
  - **Diritti indisponibili da parte della società, ma disponibili da parte del socio**. Di questi diritti la società non può disporre con un suo atto, quale è appunto la deliberazione

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

dell'assemblea; la situazione è pertanto quella che si verifica in ordine ai diritti dei terzi, con l'unica variante che, nel caso in cui i soci abbiano votato nell'assemblea a favore della deliberazione che importa disposizione dei loro diritti, il voto favorevole può significare consenso alla disposizione del diritto stesso. In questo caso, il socio assente o dissenziente non ha bisogno di proporre una domanda giudiziale per eliminare le conseguenze che deriverebbero dalla deliberazione dell'assemblea, perché questo atto gli è indifferente;

- **Diritti del socio che sono disponibili da parte della società e che possono pertanto essere sottratti con una sua deliberazione**. In questo caso, la deliberazione può essere impugnata solo se assunta non in conformità della legge, dello statuto o dell'atto costitutivo, in quanto cioè sussistano vizi nel processo di formazione.

Le discipline

Il fenomeno dell'invalidità delle deliberazioni dei soci risulta **unitario**; inoltre, esso risulta imperniato sulla distinzione tra:

- Vizi di formazione:
- Vizi di contenuto.

A questa dicotomia corrispondono due diverse discipline dell'impugnazione della deliberazione o decisione invalida:

- Quella degli artt. 2377, 2378 e 2479-*ter*, comma 1, c.c., che potrebbe definirsi come **disciplina ordinaria**, applicabile in presenza di vizi della formazione della deliberazione;
- Quella degli artt. 2379 e 2479-*ter*, comma 3, c.c., che potrebbe definirsi come **disciplina aggravata**, riferita invece ai vizi di contenuto della stessa.

Il sistema così delineato può subire modificazioni.

A. Considerando l'**invalidità per cause inerenti alla formazione dell'atto**, quella cui in via di principio si applica la disciplina ordinaria, esse possono riguardare:
   a. La **costituzione dell'organo**. La regolare costituzione dell'organo assembleare e il regolare svolgimento delle operazioni assembleari secondo l'*iter* procedimentale sono un presupposto di validità della deliberazione: se si è verificata un'irregolarità nell'*iter* procedimentale, questa incide sull'atto finale, e cioè sulla validità della deliberazione.
   b. La **deliberazione** può essere invalida in quanto le maggioranze necessarie alla costituzione dell'organo siano state raggiunte soltanto con l'intervento di soci, il cui voto non avrebbe potuto essere esercitato; in quanto inoltre siano state prese su materie che non erano comprese nell'ordine del giorno. L'invalidità dei singoli voti, ovvero il loro errato conteggio, non ha rilevanza, se non in quanto si traduca in causa di invalidità della deliberazione, determinando il venir meno di quelle maggioranze su cui si fonda la deliberazione.

   La disciplina ordinaria dell'invalidità, quella cioè alla quale la legge, in materia di società per azioni, si riferisce in termini di annullabilità, si caratterizza per due aspetti:

   - La previsione di un termine più breve per l'impugnativa;
   - La limitazione dei soggetti legittimati a proporla.

   Per entrambi i profili si devono segnalare alcune differenze nella disciplina della società per azioni e della società a responsabilità limitata.

   Quanto al **termine**, che è in entrambi i casi di 90 giorno, esso decorre:

   - Nella società per azioni dall'adozione della delibera ovvero, quando prescritti, dalla sua iscrizione o deposito presso il registro delle imprese;
   - Nella società a responsabilità limitata in ogni caso dalla trascrizione della decisione nel libro delle decisioni dei soci.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per quanto concerne la **legittimazione all'impugnazione**, essa è in entrambi i casi riconosciuta agli amministratori e agli organi di controllo. Diversa è la situazione relativa ai soci: l'impugnativa è riservata ai soci assenti, dissenzienti od astenuti, quelli cioè che non hanno consentito alla deliberazione.

- Nella società a responsabilità limitata ciò è sufficiente per proporre l'impugnativa;
- Nella società per aizoni è richiesto un ulteriore requisito, e cioè che si tratti di soci i quali possiedano, anche congiuntamente, azioni aventi diritto di voto che rappresentano almeno una determinata percentuale del capitale sociale, pari all'uno per mille o al 5%, a seconda che si tratti di società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio oppure no.

I soci titolari di una partecipazione inferiore a quella richiesta vedono sostituito il loro potere di impugnativa da un diritto al risarcimento del danno loro cagionato dall'illegittimità della deliberazione.

Particolare rilievo assume anche la previsione di uno specifico procedimento cautelare per la **sospensione dell'esecuzione della deliberazione**: di cui è evidente l'importanza pratica e che conferma che si tratta di ipotesi in cui la deliberazione viziata non è inefficace, ma si trova in una situazione di efficacia precaria, ossia eliminabile solo a seguito dell'intervento del giudice.

L'**annullamento** della deliberazione, pronunciato in accoglimento dell'impugnativa, elimina l'efficacia della deliberazione come atto di volontà sociale e pertanto ha effetto nei confronti di tutti i soci e degli organi sociali, imponendo a questi di prendere i provvedimenti consequenziali sotto la propria responsabilità. L'annullamento ha efficacia retroattiva, ma non pregiudica i diritti acquistati in buona fede dai terzi.

L'annullamento della deliberazione non può essere pronunciato se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge o dello statuto, fermo restando che, se la prima abbia prodotto i suoi effetti e sulla sua base siano stati acquistati diritti da parte di terzi, essi ne restano salvi. Sostituzione di deliberazione si ha ogni volta che con la deliberazione successiva si regolano i rapporti sociali in modo da rendere addirittura inoperante la precedente deliberazione.

B. Quanto alla **disciplina aggravata** dell'invalidità, quella cioè applicabile in presenza di vizi del contenuto dell'atto e che la disciplina della società per azioni, ma non quella della società a responsabilità limitata, chiama nullità, essa si caratterizza per un diverso regime dell'azione volta a farla valere in relazione ai profili di:
   a. **Legittimazione**, estesa in via di principio a chiunque vi abbia interesse (e per le società per azioni si afferma una rilevabilità d'ufficio);
   b. **Termine per l'impugnazione**, il quale è, in via generale, di tre anni, salvo la particolare ipotesi della deliberazione, impugnabile senza limiti di tempo, che attribuisce alla società un oggetto sociale illecito o impossibile.

Le assemblee speciali

Accanto all'assemblea dei soci, la disciplina delle **società per azioni** prevede, per l'ipotesi in cui esistano diverse categorie di azioni, o strumenti finanziari dotati di diritti amministrativi (c.d. **strumenti finanziari partecipativi**), le **assemblee speciali**: assemblee cioè alle quali partecipano esclusivamente i soci che sono portatori delle azioni ella categoria interessata.

Queste assemblee speciali funzionano soltanto nell'ipotesi in cui le deliberazioni dell'assemblea generale pregiudichino i diritti di una determinata categoria di azioni o di strumenti finanziari partecipativi, e debbono essere convocate appunto perché in questa ipotesi la legge richiede, come presupposto della validità della deliberazione dell'assemblea generale, l'approvazione della deliberazione stessa con la maggioranza richiesta per l'assemblea straordinaria da parte dell'assemblea speciale degli azionisti, o dei titolari degli strumenti finanziari, della categoria interessata.

La disciplina delle assemblee speciali è appena accennata nel codice.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La deliberazione dell'assemblea speciale non ha una sua autonomia: essa presuppone una deliberazione dell'assemblea generale alla quale è appunto collegata.
Sembra ormai certa la possibilità di un'**autonoma impugnazione** della deliberazione dell'assemblea speciale, nel caso in cui questa non sia stata adottata in conformità della legge o dello statuto: la prevede espressamente la legge, disponendo che le percentuali di capitale richiesta al fine di impugnare le deliberazioni assembleari devono in tal caso essere riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria.

L'amministrazione della società

Struttura dell'organo amministrativo: la società per azioni

La disciplina delle società di capitali, pensata soprattutto per le finalità organizzative dell'impresa di grandi dimensioni, si basa su un principio di **divisione del lavoro**, in particolare sulla distinzione del ruolo svolto da coloro che forniscono i capitali e coloro che provvedono alla gestione dell'impresa sociale. La funzione di amministrazione qui assume un'autonomia accentuata, e la legge le dedica una disciplina complessa e articolata.
Il sistema ora vigente, volendo distinguere anche a tal riguardo tra società per azioni e società a responsabilità limitata, le differenzia:

- Per il **diverso grado di autonomia** riconosciuto alla funzione amministrativa rispetto alla posizione ed ai poteri dei soci;
- Per il differente **ruolo riconosciuto all'autonomia statutaria**, al fine di adeguare la struttura organizzativa della società alle diverse istanze che caratterizzano il singolo assetto societario.

Per quanto riguarda la **società per azioni**:

- In origine gli amministratori erano intesi come mandatari dei soci;
- Attualmente si sono emancipati e hanno assunto un ruolo di organo sociale dotato di competenze proprie ed esclusive, sull'esercizio delle quali gli altri non possono interferire.

All'assemblea dei soci è consentito soltanto provvedere in via diretta o indiretta alla preposizione dei soggetti che all'organo amministrativo partecipano ad alla valutazione, in sede di approvazione del bilancio di esercizio, della loro attività e dei conseguenti esiti.
La **gestione** dell'impresa sociale spetta in via esclusiva all'organo amministrativo, cui compete anche il potere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.
Ne deriva che lo statuto non può attribuire all'assemblea alcuna competenza in ordine alla gestione della società ma può solo richiedere, per il compimento di determinati atti degli amministratori, una autorizzazione dell'assemblea ordinaria, la quale non può escludere la responsabilità degli amministratori per gli atti da loro compiuti e rimane loro la competenza in merito alla decisione se compierli o meno.
Alla rigidità della ripartizione di competenze corrisponde una **rigidità dei modelli organizzativi**, con la conseguenza che l'obiettivo di riconoscere spazio all'autonomia privata viene dato offrendo la possibilità di scelta tra tre diversi sistemi di amministrazione e di controllo:

- **Sistema tradizionale**: amministratori e sindaci costituiscono due organi che, nominati dall'assemblea ordinaria, si pongono in posizione di piena reciproca autonomia, anche se i secondi esercitano un'influenza sulla stessa gestione della società;
- **Sistema dualistico**: l'organo amministrativo (il consiglio di gestione) è nominato da quello di controllo (il consiglio di sorveglianza), il quale, oltre ad un controllo di legalità, concorre alla determinazione degli indirizzi strategici della società;
- **Sistema monistico**: la funzione di controllo è affidata ad alcuni componenti del consiglio di amministrazione, che compongono il comitato per il controllo della gestione; sicché la funzione di controllo implica anche, poiché si è pure amministratori, l'esercizio di poteri di gestione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Comune a tutti i sistemi è l'esigenza che gli amministratori operino in modo collegiale, salvo nel caso del sistema tradizionale in cui viene nominato un **amministratore unico**; in tutte le altre ipotesi, gli amministratori costituiscono il consiglio di amministrazione (o consiglio di gestione nel sistema dualistico), il quale sceglie tra i suoi componenti il Presidente, se non è già stato nominato dall'assemblea o dal consiglio di sorveglianza.
Per quanto concerne il **numero** degli amministratori:

- Lo statuto può stabilire, nel sistema tradizionale e in quello monistico, un numero minino ed uno massimo, nel qual caso sarà l'assemblea a stabilirlo di volta in volta all'atto della nomina;
- Nel sistema dualistico, il numero dei componenti del Consiglio di gestione è determinato dal Consiglio di sorveglianza nei limiti stabiliti dallo statuto.

Per quanto concerne invece la **durata della carica**, la legge pone imperativamente un numero massimo: gli amministratori non possono essere superati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data della riunione dell'organo convocato per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica: salvo diversa disposizione dello statuto, essi sono rieleggibili. Nella società in accomandita per azioni, gli amministratori sono di diritto i soci accomandatari, i quali restano in carica fin quando conservano questa qualità.

La società a responsabilità limitata

Nella società a responsabilità limitata, la posizione degli amministratori si caratterizza in termini di ben minore autonomia rispetto alla società per azioni, e che potrebbero persino far pensare al mandato:

- È possibile che ad alcuni soci siano attribuiti "*particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società*" (art. 2468 c.c.);
- L'art. 2479 c.c. consente agli amministratori e ai soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale di sottoporre ai soci la decisione in ordine a qualsiasi argomento;
- L'art. 2476, 7° comma, estende la responsabilità degli amministratori ai soci che hanno "*intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi*".

La ridotta autonomia della funzione amministrativa che caratterizza la società a responsabilità limitata spiega perché i soci possano disciplinarla nell'atto costitutivo in termini di ben maggiore flessibilità.
Anzi, l'ampia formula utilizzata dalla legge all'art. 2475, comma 1, c.c., la quale prevede un affidamento dei compiti di amministrazione a uno o più soci *salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo,* potrebbe essere letteralmente intesa con riferimento alla possibilità che si preveda la nomina di chi non è socio, ma anche che si possa derogare all'esigenza stessa di tale affidamento e quindi di uno specifico e distinto organo amministrativo, con una sorta di superamento del tradizionale principio di organizzazione corporativa delle società di capitali: siffatta interpretazione suscita gravi incertezze.
Nella società a responsabilità limitata, non essendo previsto alcun limite di durata della carica di **amministratori**, essi possono essere nominati nell'atto costitutivo per l'intera durata della società.
Nel caso di più amministratori non è più necessario che la loro attività sia organizzata secondo il **metodo collegiale** (amministrazione affidata ad un consiglio di amministrazione). Esso è previsto dalla legge con norma soltanto dispositiva, e quindi derogabile dall'autonomia statutaria: sicché l'atto costitutivo può escluderlo adottando un sistema di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva, nel qual caso si applicano le discipline previste in tema di società di persone, salvo nelle ipotesi in cui è ineliminabile l'esigenza di comportamenti unitari e quindi la necessità che ad adottarli sia il consiglio di amministrazione (ad es., per la redazione del progetto di bilancio).

Nomina, cessazione dall'ufficio e revoca degli amministratori

Occorre segnalare degli aspetti tecnici che riguardano le società per azioni: problemi che non si pongono nella società a responsabilità limitata, ove è possibile lasciare eventuali scelte all'atto costitutivo.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

A. Per la società per azioni sono previste **cause di ineleggibilità degli amministratori**, le quali, se si verificano quando la nomina è avvenuta, funzionano come cause di decadenza: l'interdizione, inabilitazione, il fallimento o la condanna a una pena che importi l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici, o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi (art. 2382 c.c.). Queste cause di ineleggibilità e decadenza valgono, per quanto non espressamente richiamate, anche per i soci accomandatari nell'accomandita per azioni in base all'art. 2454 c.c.

Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di determinati requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, anche a quelli previsti dai codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati: anche questi requisiti funzionano, a nomina avvenuta, come cause di decadenza (art. 2387 c.c.). Nel sistema monistico almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione deve essere in possesso, se lo prevede lo statuto. di requisiti previsti da tali codici, o in assenza, dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'art. 2399. Per le società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati, i requisiti di indipendenza sono richiesti per almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione, come pure, per il consiglio di gestione se composto da più di quattro membri; se i requisiti vengano successivamente meno l'amministratore indipendente decade dalla carica.

La **nomina** degli amministratori spetta in principio, all'assemblea ordinaria o al consiglio di sorveglianza (salvo per i primi amministratori nominati nell'atto costitutivo). Esistono eccezioni:

a. Quando la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o di gestione sia riservata ai titolari di strumenti finanziari (art. 2351);
b. Quando, trattandosi di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici o la cui attività assume rilievo pubblicistico, lo Statuto riservi allo Stato o agli enti pubblici la nomina di un numero di amministratori, sindaci o componenti del comitato di sorveglianza proporzionale alla partecipazione del capitale sociale (art. 2449)

Da ciò il problema di validità, al di fuori di tali ipotesi, delle pattuizioni che stabiliscono un procedimento diverso da quello legale per la formazione di organi amministrativi e di controllo.

Sono frequenti accordi tra i soci per effetto dei quali si riconosce alla minoranza il diritto di designare propri amministratori e sindaci o accordi con eventuali finanziatori o contraenti con i quali si riserva a questi il diritto di avere una persona di fiducia nel consiglio di amministrazione della società. Tali accordi operano come contratti parasociali e in particolare come sindacati di voto, e producono effetti solo tra coloro che li hanno posti in essere. Sarà la maggioranza dei soci che provvederà a nominare ad amministratore la persona da questi designata.

La questione si pone con riferimento all'ipotesi in cui si persegue tale finalità mediante una vera e propria **clausola statutaria**, tale da incidere sulla validità della nomina avvenuta in maniera difforme. Da risolvere positivamente nell'ipotesi in cui il potere di nomina sia attribuito alla minoranza dei soci (in coerenza col principio per cui la nomina degli amministratori debba essere ricondotta al gruppo dei soci) , e negativamente quando sia attribuito ad estranei alla società.

La questione interferisce con quella concernente lo spazio consentito all'autonomia privata dall'art. 2368 c.c., nella parte in cui prevede che "per la nomina delle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari". Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, il legislatore ha reso obbligatoria la tecnica del voto di lista, in cui votando su liste precostituite ne risulta la possibilità dell'elezione anche di nominativi compresi nella lista proposta dalla minoranza.

Può osservarsi che significativamente diversa da questa ipotesi è quella considerata in tema di società a responsabilità limitata quando la legge consente che l'atto costitutivo attribuisca a singoli soci "*particolari diritti riguardanti l'**amministrazione** della società*". Diritti che possono riguardare la nomina di amministratori, nomina che avviene al di fuori dell'assemblea e che consegue all'esercizio di un potere particolare, e quindi individuale, del singolo socio.

L'atto di nomina e l'atto di revoca sono atti unilaterali, non atti a natura contrattuale, anche se gli amministratori sono tenuti a determinati comportamenti o se ricevono un *compenso* per l'esplicazione delle loro funzioni. L'accettazione della nomina è una condizione della sua efficacia.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La materia dei compensi degli amministratori di società per azioni è disciplinata dall'art. 2389 c.c., ove si prevede che essi siano stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea e si consente che siano costituiti in tutto o in parte nella partecipazione agli utili o nell'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo determinato azioni di futura emissione (cc.dd. stock options). Si prevede inoltre che il compenso dell'amministratore delegato, e più in generale di quelli investiti di particolari cariche, sia determinato dal consiglio di amministrazione, sentito il collegio sindacale. È anche possibile, se lo statuto lo prevede, che l'assemblea determini un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori. Per quanto riguarda la società a responsabilità limitata, la legge nulla prevede: la materia è dunque rilasciata all'autonomia privata.

La funzionalità del consiglio di amministrazione dipende dalla sua completezza, e dunque gli **amministratori cessati** devono essere sostituiti e la legge, a seconda delle diverse ipotesi, prevede i diversi procedimenti attraverso i quali attuare tale sostituzione. In linea di principio, essa rientra nella competenza dell'organo che ha proceduto alla nomina, cioè dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza. Tuttavia, nella società per azioni la legge, data l'urgenza, prevede l'utilizzazione del sistema della **cooptazione** (art. 2386 c.c.).

Spetta agli amministratori rimasti in carica di provvedere essi stessi alla sostituzione, con deliberazione approvata dal collegio sindacale, degli amministratori che sono venuti a mancare durante il corso dell'esercizio e di reintegrare così il consiglio di amministrazione, sempre che rimanga in carica la maggioranza degli amministratori nominati dall'assemblea. Quando invece viene meno, la sostituzione è operata dall'assemblea convocata di urgenza da quelli rimasti in carica. Se vengono a cessare tutti gli amministratori o l'amministratore unico, il collegio sindacale ha l'obbligo della convocazione dell'assemblea. Lo statuto può prevedere che la cessazione di taluni amministratori importi anche la cessazione degli altri e in tal caso deve essere convocata di urgenza l'assemblea degli amministratori rimasti in carica, o in mancanza, del collegio sindacale. Disciplina che, dettata per le società per azioni a sistema tradizionale, risulta applicabile nei limiti della compatibilità anche per quelle a sistema monistico; per quelle a sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza provvede alla sostituzione.

Nella società in accomandita per azioni, la **sostituzione** è deliberata dall'assemblea con la maggioranza prescritta per l'assemblea straordinaria. La **nomina** deve essere approvata dagli amministratori rimasti in carica e il **nuovo amministratore** assume la qualità di accomandatario (art. 2457 c.c.). La cessazione dalla carica di tutti gli amministratori importa **scioglimento** della società, se entro 6 mesi non si è provveduto alla loro sostituzione e i sostituti non hanno accettato la carica (in questo periodo viene nominato un amministratore provvisorio che compie atti di ordinaria amministrazione, ma non assume la qualità di socio accomandatario).

La **nomina** degli amministratori di società di capitali è soggetta a *iscrizione nel registro delle imprese* e il relativo adempimento è posto a carico degli amministratori.

Entro 30 giorni dalla notizia della loro nomina, ne debbono chiedere l'iscrizione, indicando quelli che hanno la rappresentanza della società e precisando se il potere di rappresentanza è attribuito congiuntamente o disgiuntamente. Il mancato adempimento nel termine importa l'applicazione della sanzione prevista nell'art. 2630 c.c. Essendo l'adempimento posto a carico degli amministratori, l'applicazione delle sanzioni presuppone che la nomina abbia, con l'accettazione, raggiunto la sua efficacia. La sua pubblicità serve a tutelare i terzi nei confronti dei vizi che possono inficiarla: le cause di nullità o di annullamento della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della pubblicità, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.

B. L'amministratore **cessa dalla sua carica**:
   - Per morte;
   - Per la scadenza del termine stabilito dall'atto di nomina;
   - Per il verificarsi di una causa di decadenza;
   - Per rinuncia all'ufficio;
   - Per revoca.

Gli amministratori di società per azioni sono revocabili in ogni tempo dall'assemblea o dal consiglio di sorveglianza, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore revocato al risarcimento dei danni se avviene senza giusta causa.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Principio che vale anche per la società in accomandita per azioni, con la differenza che la revoca deve essere deliberata con le maggioranze prescritte per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria (art. 2456 c.c.).

Soltanto nel caso in cui la nomina di taluno degli amministratori sia dallo statuto riservata allo Stato o ad altri enti pubblici, il potere di revoca di questo amministratore è sottratto all'assemblea e compete all'ente che lo ha nominato (art. 2449 c.c.). Limitazione al potere dell'assemblea che sussiste soltanto per l'ipotesi di revoca senza una giusta causa; ove sussista una giusta causa legalmente accertata, la revoca può essere adottata dall'assemblea.

La legge non disciplina la revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata: la materia risulterà regolata dall'atto costitutivo. Si riconosce tuttavia al socio che eserciti l'azione di responsabilità contro gli amministratori il potere di chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, un **provvedimento cautelare di revoca giudiziale** degli amministratori, la cui concessione può essere subordinata dal giudice alla prestazione di apposita cauzione.

La cessazione non ha sempre effetto immediato col verificarsi della relativa causa. La legge prevede che, nel caso di cessazione per decorso del termine, gli amministratori restino in carica fino al momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito e che la rinunzia abbia effetto immediato solo se resta in carica la maggioranza dei membri del consiglio, altrimenti essa ha effetto dal momento in cui, con l'accettazione dei nuovi amministratori, la maggioranza si è ricostituita.

Funzionamento del consiglio di amministrazione. Invalidità delle deliberazioni

Nel caso di più amministratori, corrisponde alla disciplina di legge che essi costituiscano il **consiglio di amministrazione** (o **di gestione**) e quindi operino collegialmente. In tale ipotesi, pertanto, perché le deliberazioni dell'organo costituiscano atto di volontà sociale, debbono ricorrere determinati presupposti tipici delle adunanze collegiali.

Quanto alla società a responsabilità limitata, l'individuazione di tali presupposti è lasciata alle determinazioni dell'atto costitutivo: in tale sede, i soci possono prevedere che le decisioni del consiglio siano adottate mediante *consultazione scritta* o sulla base *del consenso per iscritto.*

A riguardo l'art. 2479 si limita a sottolineare l'esigenza, comune alle decisioni dei soci, che dai documenti sottoscritti dagli amministratori risultino con chiarezza l'argomento della decisione e il consenso alla stessa.

L'art. 2478 prevede che le decisioni degli amministratori devono essere trascritte nel relativo libro.

In materia di società per azioni i presupposti di validità delle deliberazioni risultano invece fissati dalla legge, che richiede a tal fine la regolare costituzione dell'organo e la maggioranza necessaria per la deliberazione, disponendo inoltre che nel consiglio di amministrazione il voto non può essere dato per rappresentanza.

Le deliberazioni del consiglio di amministrazione e del consiglio di gestione debbono risultare da apposito verbale ed essere trascritte nel libro delle adunanze del consiglio. Il consiglio è convocato dal presidente, il quale ne fissa l'ordine del giorno, provvedendo affinché tutti i consiglieri vengano informati sulle materie in esso iscritte, e ne coordina i lavori.

Tradizionalmente discusso era il problema della possibilità di un'**autonoma impugnazione** delle deliberazioni del consiglio di amministrazione. La questione è ora risolta, con riguardo alle società per azioni, con la previsione di una disciplina generale dell'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o di gestione, con la quale si prevede in via generale che le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possano essere impugnate esclusivamente dagli **amministratori assenti** o **dissenzienti** e dall'**organo di controllo** entro novanta giorni dalla data della deliberazione secondo le norme dettate in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari.

Solo nel caso in cui la deliberazione risulti essere lesiva dei diritti dei soci anche essi sono legittimati ad impugnarla.

L'art. 2388 c.c. prevede che l'annullamento della deliberazione del consiglio non pregiudica i diritti acquistati in buona fede dai terzi sulla base di atti compiuti in esecuzione della deliberazione annullata.

Manca invece una corrispondente regola generale nella disciplina della società a responsabilità limitata, dove continua ad essere regolata soltanto l'ipotesi specifica del conflitto di interessi. Una volta ammessa l'impugnazione della deliberazione consiliare nelle società per azioni, non vi è però ragione per negarla

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

in quella a responsabilità limitata, rispetto alla quale si tratta solo di verificare se ricavarne la disciplina in via analogica dalla norma specifica per il conflitto di interessi oppure da quella dettata per la società per azioni.
Non vi è dubbio d'altra parte che il tema del conflitto di interessi degli amministratori continua a svolgere un ruolo particolare e decisivo: perciò in entrambi i tipi societari esso è specificatamente considerato dal legislatore, anche se in termini che nuovamente sottolineano una diversità di prospettiva nel modo in cui i tipi medesimi sono considerati dal legislatore.

A. Gli **amministratori** di società a responsabilità limitata sono considerati su un piano analogo a quello dei mandatari, che ben possono avere un interesse proprio anche nella cura dell'interesse altrui e che sono tenuti esclusivamente a non pregiudicare quest'ultimo a proprio vantaggio. Appunto per tale ragione, la legge considera *esclusivamente* la situazione di *conflitto di interessi* e riproduce la corrispondente disciplina in materia di rappresentanza al fine di evitare che l'amministratore, al fine di avvantaggiarsi personalmente, operi a danno della società: ed è appunto solo qualora essa comporti alla società un effettivo danno patrimoniale che la deliberazione del consiglio di amministrazione può essere impugnata.
B. Nella società per azioni gli **amministratori** invece assumono la posizione di soggetti che prestano la propria opera professionale nella gestione della società secondo un atteggiamento di sostanziale *neutralità* rispetto ai propri interessi personali. Sorgono pertanto per costoro doveri di comportamento in ogni caso in cui abbiano un interesse in un'operazione della società: si pone quindi in primo luogo un'esigenza di **trasparenza**, cioè l'obbligo dell'amministratore di dare notizia agli altri amministratori ed al collegio sindacale del proprio interesse e, se amministratore delegato, di astenersi dal compiere l'operazione investendo della stessa l'organo collegiale e, inoltre, uno specifico obbligo di **motivazione** della deliberazione.
   L'**invalidità della deliberazione** adottata in violazione della norma:
   a. Da un lato presuppone che essa sia tale da poter arrecare danno alla società, risultando allora a tal fine sufficiente la sua dannosità potenziale, diversamente da quanto accade nella società a responsabilità limitata ed in coerenza con l'accentuazione dei profili concernenti la correttezza del comportamento dell'amministratore e con gli *standards* di professionalità che gli sono richiesti nella società per azioni;
   b. Dall'altro è prevista non soltanto nell'ipotesi in cui essa è stata assunta con il voto determinante dell'amministratore in questione, ma anche in quella in cui non è stata soddisfatta questa esigenza di trasparenza: ravvisandosi in questo secondo caso un'anomalia nella formazione della deliberazione, in quanto adottata in mancanza della dovuta informazione.

In definitiva, quell'esigenza di neutralità induce a duplicare i doveri degli amministratori: non soltanto l'obbligo di non operare per il proprio vantaggio personale e in danno della società, ma anche quello di segnalare con trasparenza le situazioni che a tale modello di neutralità in concreto non corrispondono.
Per questo motivo la violazione di entrambi gli obblighi può implicare una responsabilità per i danni che ne derivino: quella del secondo risulta anzi sanzionata anche penalmente, qualora ad essa conseguano danni alla società o ai terzi. Un espresso dovere di astensione è previsto per gli amministratori e i soci di società bancarie e di soggetti abilitati all'esercizio di servizi di investimento nei confronti delle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi.

Con riferimento specifico alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, la legge impone inoltre agli amministratori di adottare regole destinate a disciplinare la competenza decisionale, la motivazione e la documentazione delle operazioni effettuate dalla società con le cc. dd. **parti correlate** al fine di garantire la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale. Tali regole devono essere predisposte secondo principi indicati dalla Consob e sulla loro osservanza vigila l'organo di controllo, che ne riferisce nella relazione all'assemblea.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Con l'espressione *parti correlate* si intendono da un lato le società, e dall'altro le persone fisiche che detengono il controllo della società, o comunque una partecipazione che permette di esercitare su di essa un'influenza notevole.
Con l'espressione operazioni con parti correlate si indica quelle che comportino un qualunque trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni tra le parti correlate, indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito il corrispettivo ed in ogni caso le fusioni e le scissioni realizzate con parti correlate, come pure tutte le decisioni concernenti la remunerazione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo dei dirigenti con responsabilità strategiche.

Per tali operazioni si prevedono sia specifici obblighi di comunicazione al mercato, sia uno specifico ruolo degli amministratori indipendenti, i quali sono chiamati ad esprimere al riguardo un parere che può essere anche vincolante: si dispone inoltre che, qualora la decisione in ordine al compimento di un'operazione siffatta rientri nelle competenze dell'assemblea, essa non possa essere effettuata in presenza del voto contrario della maggioranza dei soci non correlati, e si richiede infine che il consiglio di amministrazione di società quotate che risultino sottoposte ad attività di direzione e coordinamento da parte di altra società quotata sia composto in maggioranza da amministratori indipendenti.

L'amministrazione delegata

È naturale che, quando sussiste una pluralità di amministratori, si pongano **problemi di funzionalità**, dovuti se non altro alla difficoltà pratica per un collegio di provvedere ad un'attività di gestione continuativa come quella richiesta dall'attività imprenditoriale.
Si tratta di problemi che nella società a responsabilità limitata non richiedono di essere affrontati dal legislatore: gli ampi spazi ivi concessi all'autonomia statuaria consentono di affidarne la soluzione all'atto costitutivo. Lo richiedono, invece, per la società per azioni, ove la rigidità dei sistemi di amministrazione impedisce che siano modificati gli assetti organizzativi legali.
Con riferimento alla società per azioni, quindi, la legge consente che determinate funzioni del consiglio di amministrazione siano da questo permanentemente **delegate** a uno o più amministratori singolarmente o invece collegialmente: con la conseguenza che l'organizzazione interna della società può assumere una maggiore complessità rispetto a quella prevista dalla legge, mediante appunto la creazione di ulteriori organi amministrativi individuali o collegiali, che prendono il nome di **amministratori delegati** e di **comitato esecutivo**.

Ciò può realizzarsi in concreto sulla base soltanto di una sorta di cooperazione tra i soci e gli amministratori: ai primi compete il potere di modificare in tal senso la struttura organizzativa della società e di creare ulteriori organi; il potere di delega, però, spetta al consiglio di amministrazione, al quale è rimesso di valutare, con apprezzamento discrezionale, sia l'opportunità della delega sia l'ampiezza delle competenze da delegare.

La legge stabilisce che una **delega** delle attribuzioni proprie del consiglio di amministrazione è consentita soltanto a coloro che del consiglio di amministrazione sono membri, e che non possono essere delegate:

- Le attribuzioni del consiglio di amministrazione riguardanti la redazione del bilancio (art. 2423);
- Le attribuzioni del consiglio di amministrazione riguardanti il progetto di fusione e di scissione (artt. 2501 e 2506);
- Le attribuzioni delegate al consiglio di amministrazione dall'assemblea in tema di emissione di obbligazioni convertibili (art. 2420) e di aumento di capitale (art. 2443);
- Le attribuzioni del consiglio di amministrazione riguardanti i provvedimenti da prendere in caso di perdita del capitale sociale.

Dall'adozione di tale assetto organizzativo derivano poi importanti **conseguenze** sul piano dei rapporti tra consiglio di amministrazione ed organi delegati che si riflettono sul tema della loro responsabilità.

- Per un verso la legge, ispirandosi al modello più diffuso nella prassi, delinea un ruolo del **Consiglio di amministrazione** come quello di un organo cui competono fondamentalmente funzioni di *indirizzo e di controllo degli organi delegati*.

  Al consiglio di amministrazione spetta così di esaminare gli eventuali piani strategici, industriali e finanziari della società e di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società stessa, e sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Gli organi delegati, oltre ad elaborare i piani da sottoporre al consiglio, devono curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Inoltre, devono riferire ogni sei mesi al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle più rilevanti operazioni compiute dalla società e dalle società controllate. Tale situazione si realizza soltanto nell'ipotesi in cui la delega abbia per oggetto compiti riguardanti il complesso dell'attività imprenditoriale della società, non invece quando, come è pur possibile, concerna funzioni solamente settoriali.

- Per un altro verso ciò non esclude che gli **organi delegati** rimangano organi secondari e subordinati rispetto al consiglio di amministrazione: non solo nel senso che al consiglio spetta la costituzione dell'organo, ma anche nel senso che al consiglio di amministrazione spetta un potere di *direttiva e controllo* sull'operato degli organi delegati, come pure il potere di *avocare* a sé operazioni rientranti nella delega.

Anche quando si addivenga alla nomina di un amministratore delegato o di un comitato esecutivo incombe a **ciascun membro** del Consiglio il dovere:

- Di intervenire con ogni diligenza per impedire atti pregiudizievoli o per eliminare o attenuarne le conseguenze;
- Di agire in modo informato: a tal fine, anzi, l'art. 2381 riconosce a ciascun amministratore il potere di chiedere agli organi delegati di fornire al consiglio di amministrazione o di gestione informazioni in ordine alla gestione della società.

Poteri degli amministratori: la gestione dell'impresa

Le **differenze** tra la disciplina dell'amministrazione della società per azioni e della società a responsabilità limitata non tolgono che la funzione amministrativa presenti caratteristiche sue proprie e specificità che valgono a distinguerla dalle altre che si svolgono nella società: tale funzione attiene alla gestione delle imprese e di un'impresa che riceve le sue caratteristiche dall'atto costitutivo della società. Trattandosi della **gestione dell'impresa**, nessuna distinzione è possibile tra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione: il **potere degli amministratori** riguarda ugualmente gli uni e gli altri e in ogni caso non sono certamente utilizzabili i criteri con cui la legge distingue tra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione relativamente al patrimonio dell'incapace.
L'attività imprenditrice è sempre considerata dalla legge come attività di straordinaria amministrazione: utilizzare tale distinzione significherebbe pertanto escludere ogni e qualsiasi potere di amministrazione. Il **criterio** a cui si deve ricorrere al fine di determinare l'ambito dei poteri degli amministratori è semmai quello della rispondenza o meno dell'atto alla gestione normale di un'impresa del tipo di quella sociale. Gli **amministratori** hanno cioè il potere di compiere tutti gli atti che sono inerenti alla gestione aziendale così come è impostata e strutturata. Essi non potranno quindi:

- Modificarne l'impostazione e la struttura;
- Trasformare gli impianti;
- Modificarne le dimensioni;
- Estenderne l'attività.

Essi **possono** compiere tuti gli atti che sono inerenti all'impresa e al suo funzionamento sulle basi attuali. Essendo funzione degli amministratori quella di gestire la impresa sociale è evidente che costoro non possano modificare la struttura industriale e finanziaria dell'azienda: soltanto l'assemblea dei soci potrebbe avere un tale potere. Pertanto soltanto con una deliberazione dell'assemblea potrebbe essere alienato un ramo dell'azienda sociale, o un pacchetto azionario o una partecipazione maggioritaria in altre società.

Questi principi trovano del resto esplicito riconoscimento in molteplici regole di legge.
Gli artt. 2380 bis e 2409 c.c. definiscono amministrazione il compimento di operazioni per *l'attuazione dell'oggetto sociale.* L'art. 2475 c.c. discorre di *affidamento* dei relativi compiti. E ciò avviene anche in occasione di specifici problemi: come quando si richiede la deliberazione dell'assemblea per operazioni (es. assunzione di partecipazioni in altre imprese

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

comportante la responsabilità illimitata per le obbligazioni di queste ultime) che possono alterare l'assetto finanziario della società.

Nel contesto specifico della *società a responsabilità limitata* si dispone imperativamente la competenza dei soci, e segnatamente dell'assemblea, per le "operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

La rappresentanza della società

- Nel caso di **amministratore unico**, al potere di amministrazione necessariamente corrisponde il potere di rappresentanza della società;
- Quando invece esiste il **consiglio di amministrazione**, il potere di rappresentanza è attribuito per lo più al preside o all'amministratore o agli amministratori delegati disgiuntamente o congiuntamente. Lo statuto o l'atto costitutivo della società è al riguardo determinante.

Occorre tuttavia tener presente che il Presidente o l'amministratore che ha la rappresentanza ha il potere di dichiarare la volontà sociale, non anche quello di *determinarla.* La formazione della volontà sociale è opera dell'assemblea o del consiglio di amministrazione, e pertanto alla dichiarazione del rappresentante deve far riscontro una volontà corrispondente dell'assemblea o del consiglio di amministrazione.

Vi è quindi normalmente una scissione tra potere deliberativo e potere di rappresentanza della quale è necessario stabilire la rilevanza. La legge stabilisce che il **potere di rappresentanza è generale**, e dunque, a differenza del sistema originario, non più circoscritto all'oggetto sociale; inoltre, precisa che le **limitazioni** dei poteri di rappresentanza che risultino dall'atto costitutivo, dallo statuto o da una decisione degli organi competenti possiedono una **efficacia puramente interna** e sono quindi inopponibili ai terzi, a meno che si provi che questi hanno agito **intenzionalmente a danno della società**.

Dagli artt. 2384 e 2475 c.c. risulta infatti che la specialità dell'oggetto e dello scopo *non* costituiscono nel nostro ordinamento un *limite alla capacità della persona giuridica:* il che si spiega in quanto oggetto e scopo sono delle categorie *astratte* e, come tali, esse ricomprendono tutti quegli atti che possono porsi in rapporto di mezzo a fine rispetto alla realizzazione di quell'oggetto e di quello scopo.

L'esorbitanza di un determinato atto rispetto all'oggetto e allo scopo potrà quindi determinarsi soltanto in concreto ed accertarsi soltanto a *posteriori*, con la conseguenza che potrà dar luogo a responsabilità dell'organo, ma non mai a un vizio dell'atto, sotto il profilo del difetto di capacità.

Ne risulta una sostanziale autonomizzazione di tali poteri e l'irrilevanza per essi dell'assetto societario interno. Il che si manifesta anche nella **regola** secondo quale le cause di invalidità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società, una volta attuata l'iscrizione della stessa nomina nel registro delle imprese, non sono opponibili ai terzi, salvo che la società provi che costoro ne fossero a conoscenza.

In via di principio, quindi, l'atto compiuto dal rappresentante, sia o meno estraneo all'oggetto sociale, rimane in ogni caso efficace e vincolante per la società. E lo stesso è a dirsi dell'atto posto in essere con eccesso di potere, a meno che non sia frutto di concerto fraudolento tra rappresentante e terzo. Tali limitazioni rilevano quindi in ordine alla responsabilità del rappresentante e rilevano altresì in tutte quelle ipotesi in cui sia necessario accertare il potere del rappresentare in ordine al compimento di un atto.

La disciplina in esame si differenzia profondamente da quella generale della rappresentanza, dal momento che vale a rendere il potere di rappresentanza degli amministratori in via di principio autonomo rispetto alle stesse scelte statuari che presiedono all'organizzazione della società.

Responsabilità degli amministratori: presupposti e caratteri

La legge detta norme particolari per la **responsabilità degli amministratori di società di capitali**: da esse si evince che ai fini della responsabilità non può essere imputato all'amministratore il risultato più o meno economicamente sfavorevole dell'atto da lui compiuto, richiedendosi in ogni caso la violazione di un obbligo di diligenza. La legge pone, in via di principio, una **regola di solidarietà**.

Fa parte infatti dell'obbligo di diligenza che l'amministratore non possa rimanere inerte di fronte all'operato degli altri, ma debba intervenire, se vuol dividere la sua posizione da quella degli altri. La legge prescrive un mezzo preciso per escludere la propria responsabilità.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nelle società per azioni, si richiede in particolare che l'amministratore faccia annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e ne dia immediata notizia per iscritto al Presiedente del collegio sindacale.

Diversi però sono nei due tipi societari i **criteri** che possono desumersi dalla legge per verificare nel caso concreto la violazione oppure no di tale obbligo.

A. In materia di **società a responsabilità limitata**, la legge si limita a prevedere che "gli amministratori sono solidamente responsabili dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società". Diviene pertanto necessario far riferimento ai criteri utilizzabili in generale per l'ipotesi di gestione di patrimoni altrui, allo schema quindi della diligenza del mandatario.
B. Nella **società per azioni** rileva particolarmente il ruolo professionale degli amministratori.
    - Si individua il grado di diligenza dovuto in considerazione dei profili oggettivi e soggettivi che in concreto che tale ruolo caratterizzano;
    - Si dispone che costoro "devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze. Essi sono solidamente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri".

Si deve tener conto della **natura dell'incarico**, e cioè sia dei compiti che in generale implica la carica di amministratore nella singola società, sia di quelli che sono in concreto attribuiti al singolo amministratore. E si deve anche tener conto delle **specifiche competenze** dell'amministratore, delle capacità cioè in considerazione delle quali è stato nominato e che allora deve esplicare adeguatamente utilizzandole. Si spiega in tal modo anche come la responsabilità del singolo amministratore non sussista, quando determinate funzioni siano demandate al comitato esecutivo o attribuite in concreto a taluno degli amministratori. L'art. 2392 c.c. impone agli altri amministratori l'obbligo di intervento per impedire il compimento di atti pregiudizievoli o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose per la società.

In questo caso, anzi, tema evidentemente decisivo è quello che concerne le modalità secondo cui avviene il flusso di informazioni tra i secondi ed il primo. Su questo piano la legge precisa:

- Da un lato, che le valutazioni del consiglio avvengono essenzialmente *sulla base delle informazioni ricevute* dagli organi delegati: sicché ai componenti del primo non può essere richiesto di accertare direttamente la loro veridicità;
- Dall'altro, che il singolo amministratore può richiedere agli organi delegati che siano fornite informazioni *in consiglio* in merito all'andamento della gestione, escludendo in tal modo un potere ispettivo individuale.

Ancora specifico per gli amministratori di società per azioni è il c.d. **divieto di concorrenza**, e cioè il divieto di assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, o di esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi o di essere amministratori o direttori generali in società concorrenti: la inosservanza di tale divieto, oltre all'obbligo del risarcimento del danno, importa possibilità di revoca dall'ufficio. Un divieto che corrisponde a quella posizione di "neutralità" di cui prima si è discorso e che perciò, non ricorrendo per gli amministratori di s.r.l., non è per essi riprodotto.

Scarso significato assume invece la previsione di un obbligo di risarcire i danni procurati dall'amministratore alle società mediante la utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico. Tale regola, in quanto prevede un obbligo di risarcimento, nulla aggiunge a quanto già non derivi dal sistema fin qui delineato. Essa in effetti intendeva introdurre nel nostro sistema la dottrina delle cc.dd. *corporate opportunities* di cui si discorre nei sistemi anglosassoni; ma ci si è dimenticato che questa dottrina si pone in quei sistemi come un'applicazione dell'istituto del *trust,* al nostro invece ignoto, e soprattutto che essa si caratterizza non in quanto alla appropriazione delle "opportunità sociali" consegue un obbligo di risarcimento, ma in quanto ne consegue un diritto della società di stornare a proprio favore i vantaggi economici, in sostanza l'arricchimento, così ottenuti dall'amministratore.

Al di là di queste specifiche indicazioni, la legge non precisa quali ulteriori obblighi gravino sugli amministratori, facendo generico riferimento a tutti gli obblighi imposti dalla legge e dallo statuto o dall'atto costitutivo. Da ciò si deve desumere che tutte le norme che regolano l'attività sociale e pongono limiti e presupposti allo svolgimento di questa attività, costituiscono altrettante limitazioni all'azione degli amministratori e pongono altrettanti obblighi la cui violazione è per essi fonte di responsabilità.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tali obblighi sussistono in ogni caso: dalla loro osservanza gli amministratori non potrebbero essere esonerati preventivamente con una deliberazione dell'assemblea e la loro responsabilità non viene meno anche nel caso in cui gli obblighi stessi siano stati violati con la consapevolezza o addirittura con la partecipazione dei soci. Quando anzi, ai soci è riconosciuto un potere di influire sulle scelte gestionali degli amministratori, la conseguenza non è un esonero di responsabilità degli amministratori, ma che con essi sono solidamente responsabili i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società.

Problema discusso è d'altra parte se e quando la responsabilità propria degli amministratori possa essere imposta anche all'**amministratore di fatto**. E bisogna al riguardo distinguere tra gli aspetti penalistici del problema e quelli civilistici.

Per quanto concerne la responsabilità civile, deve osservarsi che:

- Se la soluzione positiva è agevole nell'ipotesi in cui amministratore di fatto sia colui la cui investitura risulti viziata;
- La questione risulta ben più complessa qualora manchi ogni investitura nelle funzioni di amministratore e soltanto di fatto un soggetto diverso, ad esempio l'azionista di maggioranza, si sia ingerito nell'amministrazione della società in maniera così penetrante da fare riconoscere comportamenti sostanzialmente propri dell'organo amministrativo.

Una soluzione potrebbe forse trovarsi osservando che tale ipotesi può realizzarsi solo quando l'amministratore di diritto vi ha illegittimamente consentito ed ha violato il suo dovere di intervento; egli è quindi certamente responsabile della violazione dei suoi obblighi nei confronti della società.

Le azioni di responsabilità

La responsabilità degli amministratori sussiste principalmente **nei confronti della società** e quindi è a quest'ultima che spetta la legittimazione a farla valere mediante i propri organi.

1. Al riguardo però assumono rilevanza numerosi interessi, tra loro potenzialmente contradditori, che possono diversamente combinarsi a differenti soluzioni. Al di là dalla considerazione soltanto formale che titolare del diritto al risarcimento del danno perseguito con tale azione è comunque la società stessa, la proposizione dell'azione implica una comparazione tra i ricavi da essi attesi e i costi, che possono derivarne: una comparazione che sembrerebbe conveniente rimettere ai suoi organi, ma che può in concreto risultare alterata dalla naturale solidarietà tra gli amministratori e la maggioranza che li ha nominati.
   Proprio per tale ragione in altri ordinamenti, come quelli anglosassoni, si riconosce una sorta di precedenza degli organi sociali e si consente al singolo socio di proporre in via "derivativa" l'azione spettante alla società solo sul presupposto che i primi siano stati invitati ad operare in tal senso e che il loro rifiuto debba considerarsi ingiustificato.
   Diversa è la soluzione adottata dal nostro ordinamento, che si caratterizza ora soprattutto per una differenza di regime tra società a responsabilità limitata e società per azioni: in entrambi è riconosciuta la legittimazione a **proporre l'azione sociale di responsabilità** tanto alla società, a seguito *di deliberazioni dei soci,* quanto direttamente ai soci.
   La prima ipotesi è espressamente prevista nella disciplina della società per azioni con l'art. 2393 c.c., che appunto individua le modalità per l'esercizio della competenza assembleare prevista dall'art. 2364 c.c. Analogamente deve ritenersi per la società a responsabilità limitata, ove si disciplina unicamente la rinuncia dell'azione da parte della società, la quale, tuttavia, presuppone logicamente che essa possa anche proporla.

Quanto alla *società per azioni,* due aspetti soprattutto meritano di essere segnalati:

a) Che, quando si tratta della responsabilità degli amministratori relativa a fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio, l'argomento si considera *ex lege* incluso nell'ordine del giorno dell'assemblea nella quale si discute lo stesso *bilancio*; l'azione di responsabilità può essere anzi deliberata pure quando il bilancio sia stato approvato. Alla deliberazione non possono prender parte gli amministratori.
b) Che la deliberazione dell'azione di responsabilità, qualora assunta dal consiglio di sorveglianza, a maggioranza di due terzi dei suoi componenti, importa *revoca di diritto* degli amministratori dall'ufficio; altrimenti la revoca deve

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

essere espressamente deliberata; l'assemblea o il consiglio di sorveglianza provvedono alla sostituzione degli amministratori revocati.

La regola della competenza assembleare ha perso la sua rigidità, e pure ad altri organi della società è ora attribuito il potere di decidere il promovimento dell'azione: così l'azione può anche essere promossa a seguito di deliberazione adottata dal *collegio sindacale* con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti; mentre, ove la società abbia adottato il sistema dualistico, l'azione sociale di responsabilità nei confronti dei consiglieri di gestione può essere proposta anche a seguito di deliberazione del *consiglio di sorveglianza.*

In tutti questi casi l'azione di responsabilità deliberata dall'assemblea è esercitata dagli amministratori, ove l'assemblea non abbia designato una persona a tal scopo: quando gli amministratori non siano revocati *ex lege* o espressamente e non sia sta designata la persona che deve proporre l'azione, occorre procedere alla nomina di un curatore speciale per l'esercizio dell'azione stessa.

Con riferimento alla seconda ipotesi, quello di un'**azione esercitata direttamente dal socio**, le due discipline divergono in termini ancora più sensibili:

- Nella società per azioni si richiede a tal fine il **possesso** di *una determinata percentuale del capitale sociale,* che varia a seconda che si tratti di società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio oppure no;
- Nella società a responsabilità limitata non è previsto invece alcun requisito quantitativo e l'azione può essere quindi promossa da *ciascun socio.*

Ciò corrisponde alla più volte rilevata prospettiva secondo cui nella società per azione, in cui il socio è soprattutto un investitore e in quanto tale estraneo alla gestione sociale, l'esigenza di una dimensione quantitativa della sua partecipazione è intesa come presupposto necessario per la riconoscibilità di un suo interesse anche imprenditoriale e quindi della plausibilità economica delle sue valutazioni in merito al problema qui considerato: anche egli, in definitiva, quando la sua partecipazione raggiunge quei livelli, è in misura significativa soggetto ai rischi sia positivi sia negativi connessi all'esercizio dell'azione. Mentre, nella visione del legislatore, il socio di società a responsabilità limitata è persona direttamente partecipe all'andamento della gestione sociale e quindi deve ritenersi in quanto tale idoneo alle complesse valutazioni che richiede la decisione se proporre oppure no l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Il entrambi i casi con l'azione promossa dai **soci** essi fanno valere in nome proprio un diritto della società, allora in veste di sostituti processuali della prima ai sensi dell'art. 81 c.p.c.

L'eventuale risarcimento del danno ottenuto a seguito dell'azione va quindi a favore del patrimonio della società, distinguendosi così nettamente l'ipotesi da quella prevista dall'art. 2395 c.c.: perciò la società è tenuta in caso di accoglimento dell'azione a rimborsare agli attori le spese di giudizio che non abbiano potuto recuperare dai soccombenti e perciò si prevede un litisconsorzio necessario della società cui l'azione deve essere notificata e che deve essere chiamata in giudizio.

Anche in queste ipotesi la *società* può *rinunziare* all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, come può *transigere* sulla misura del risarcimento:

- Purché da un lato la rinunzia e la transazione nella *società a responsabilità limitata* riscuotano il consenso di una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e, *nella società per azioni,* siano espressamente approvate dall'assemblea;
- E purché dall'altro lato, ad esse non si oppongano i soci che rappresentano una determinata percentuale del capitale sociale.

La rinuncia all'azione da parte della società o del consiglio di sorveglianza non impedisce comunque l'esercizio della azione sociale da parte dei soci. Anche i *soci* che hanno promosso l'azione possono rinunciare all'azione o transigerla: ogni corrispettivo deve tuttavia andare a *vantaggio della società.*

2. È anche intuitivo che in ogni caso di ***mala gestione*** di un'impresa si arreca pregiudizio pure a coloro che le hanno fato credito, che vedono così ridotte le possibilità di soddisfare i propri diritti. Ed è fuori questione che, quando la cattiva gestione è imputabile ad un soggetto diverso dall'imprenditore, i creditori possono per la propria tutela avvalersi del rimedio generale dell'azione surrogatoria prevista dall'art. 2900 c.c. e mediante esso esercitare la pretesa che spetta al loro debitore. Né vi è motivo perché ciò non debba valere anche l'impresa è esercitata in forma

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

sociale ed anche quindi nell'ipotesi che tale pretesa si fondi sulla responsabilità di coloro che svolgono per essa le funzioni di amministratore.
Già questa considerazione consente di comprendere il problema sistematico posto dall'attuale assetto normativo: la circostanza che *esclusivamente* con riferimento alla società per azioni la legge espressamente prevede l'azione di responsabilità dei creditori sociali, disponendo in via generale che "*gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*".

Si tratta perciò di interrogarsi sul senso di tale norma, tenendo presente che il tema presenta molteplici risvolti:

- Quello generalissimo e tradizionale, per cui si chiede se ed in che senso la norma giustifichi una prospettiva secondo cui è compito degli amministratori nella loro attività curare anche *direttamente* gli interessi dei creditori sociali;
- Ma anche quello tecnico-sistematico di spiegare in che modo la presenza della disposizione nella disciplina della società per azioni contribuisca a *caratterizzarne i rapporti con gli altri tipi sociali:* ciò, in particolare, al fine di risolvere il problema applicativo di una sua utilizzazione analogica.

Se l'art. 2394 c.c. dovesse spiegarsi per il regime di limitazione della responsabilità dei soci proprio delle società per azioni, mentre si comprenderebbe immediatamente l'assenza di norma analoga per le società di persone, sarebbe aperta la strada per estenderne l'applicazione alla società a responsabilità limitata; ma ci si dovrebbe chiedere se il requisito della compatibilità posto dall'art 2454 cod.civ. renda effettivamente possibile utilizzarlo per la società in accomandita per azioni. Non sembra però che sia questa la strada più idonea per affrontare il problema. In effetti pare più che opinabile individuare la *ratio* della norma nella limitazione di responsabilità: dato che un interesse dei creditori sociali alla integrità del patrimonio della società è certamente ben riconoscibile anche quando i soci sono illimitatamente responsabili.

Al riguardo si deve muovere da una diretta considerazione del dato di diritto positivo e chiedersi in particolare in che modo sulla base di esso debbano definirsi i rapporti tra l'art. 2394 c.c. e la regola generale dell'art. 2900 c.c.

- Qualora infatti il primo dovesse intendersi come una tutela dei creditori sociali ulteriore e diversa rispetto all'azione surrogatoria, ci si dovrebbe chiedere se ed in che senso le sue ragioni possano rinvenirsi anche in altri tipi sociali;
- Qualora invece lo si considerasse come una sua mera applicazione giustificata da esigenze tecniche non vi sarebbero motivi per invocarne l'applicazione in altri tipi sociali, ove tali esigenze tecniche non sussistono, salva la società in accomandita per azioni: ed è a questa seconda soluzione che sembra doversi aderire.

È evidente che vi sia un nesso tra l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori sociali: si prevede infatti che la **rinunzia** all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali e che la **transazione** posta in essere dalla società può essere impugnata dai creditori soltanto con l'azione revocatoria, quando ne ricorrano gli estremi. Di tale norma, sembra doversi desumere che l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte della società preclude l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, e cioè che lo scopo al quale l'azione dei creditori sociali tende deve ritenersi già compiutamente realizzato con l'esercizio dell'azione sociale.

- L'azione dei creditori sociali non mira infatti ad ottenere il risarcimento di un danno direttamente subito, ma mira ad ottenere la restituzione *in integrum* di quel patrimonio che rappresenta la loro garanzia;
- L'azione dei creditori sociali non è quindi un'azione ad essi autonomamente concessa ma è la stessa azione che spetta alla società, la quale può essere fatta valere in via surrogatoria dai creditori sociali, nella ipotesi in cui la società trascuri di esercitarla: la legge del resto pone in luce entrambi i presupposti dell'azione surrogatoria, richiedendo, per la proponibilità dell'azione dei creditori sociali, espressamente l'**insufficienza del patrimonio sociale** al soddisfacimento dei loro crediti e l'**inerzia dell'avente diritto**.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Ulteriore conferma di ciò può trarsi dall'art. 2394 c.c., che attribuisce unitariamente le due azioni al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario e unitariamente le sottrae sia alla società sia ai creditori sociali.
Il carattere surrogatorio dell'azione dei creditori sociali permette anche di fissare il contenuto dell'azione stessa: in sostanza, questo contenuto non è diverso da quello dell'azione sociale di responsabilità. Diverso è invece l'interesse ad agire della società e dei creditori sociali:

- La società ha interesse ad eliminare ogni danno che sia dipeso da colpa o dolo degli amministratori;
- I creditori hanno interesse a insorgere contro l'operato degli amministratori solo quando, attraverso il danno della società, risultano menomate le loro garanzie patrimoniali.

L'azione spetta a ciascun creditore, naturalmente fino a concorrenza del suo credito.

3. Gli amministratori, quando illegittimamente producono un danno alla società, **danneggiano** *indirettamente* non soltanto i **creditori sociali**, ma anche i **soci**: la diminuzione del patrimonio della società produce una riduzione del valore della loro partecipazione.
   Ai soci però non è consentito chiedere un risarcimento direttamente a favore del proprio patrimonio personale: poiché in tal modo ne risulterebbe una diminuzione del patrimonio sociale; può essere consentito soltanto chiedere un risarcimento del danno a favore della società: e così, ripristinando il patrimonio sociale, indirettamente si ripristina il valore della partecipazione.
   Vi possono anche essere dei fatti illeciti che non incidono sul patrimonio della società, ma incidono direttamente sul patrimonio del *socio o del terzo;* come vi possono essere dei fatti illeciti che incidono sia sul patrimonio della società che sul patrimonio del socio o del terzo.
   - Nel primo caso è chiaro che nessuna azione può essere proposta dalla società perché non ha subito alcun danno;
   - Nel secondo caso è altrettanto chiaro che il risarcimento del danno subito dalla società non copre il danno subito dal socio o dal terzo direttamente.

   Con riferimento ad ipotesi di questo tipo la legge prevede perciò una responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci e dei creditori, e più in generale dei terzi. L'azione, che si è solito indicare in termini di **azione individuale di responsabilità**, può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo, coerentemente con quanto in generale previsto in materia di responsabilità extracontrattuale.
   Si tratta quindi di una **responsabilità diretta dell'amministratore** nei confronti del socio o del terzo che si caratterizza in quanto l'illecito si verifica in occasione dell'attività gestoria ed il danno si produce appunto direttamente nel loro patrimonio: illecito che però non è qualificabile come illecito della società medesima, nel qual caso sarebbe quest'ultima a risponderne nei confronti del socio e del terzo secondo i principi generali, ponendosi allora il diverso problema se e quando ne risponde anche l'amministratore a titolo di ricorso.

I direttori generali

Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori di società per azioni si applicano altresì ai **direttori generali** nominati dall'assemblea o nello statuto, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.
Pur essendo i direttori generali dipendenti della società e non anche suoi organi, la legge li equipara agli amministratori quanto alla responsabilità e subordina l'esercizio della relativa azione alla deliberazione dell'assemblea, o alla iniziativa di soci che raggiungano la percentuale richiesta dalla legge o dallo statuto.
Vi è anche da notare che analoga equiparazione è ora disposta per i dirigenti preposti alla *redazione dei documenti contabili societari.*

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Responsabilità penale degli amministratori

Accanto alla responsabilità civile, la legge commina una **responsabilità penale** degli amministratori e dei soggetti ad essi equiparati, graduando le pene a seconda della gravità del fatto, a seconda del pericolo che ne deriva o del danno che i soci e i terzi possono risentirne.

Dalla previsione di semplici sanzioni **amministrative** per le ipotesi di omissione od esecuzione tardiva o incompiuta di denunzie, comunicazioni o depositi presso l'ufficio del registro delle imprese, nei casi in cui per legge sono prescritte, e per le ipotesi di omissione della convocazione dell'assemblea, si passa alla previsione di **pene** vere e proprie, le quali possono consistere nella reclusione nei casi più gravi.

- Eccezionalmente, l'azione penale è esperibile su querela di persona offesa;
- Nella normalità delle ipotesi i reati sono di azione pubblica.

A riguardo si deve segnalare anche la disciplina in materia di *responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni* anche prive di personalità giuridica, introdotta dal D.Lgs. n. 231 del 2001, ove si prevede che la **società**, e più in generale l'ente, è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o suo vantaggio:

- Da persone fisiche che rivestono, nel suo ambito, funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione;
- Da coloro che esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dell'ente.

La società è responsabile a meno che l'ente non provi che il suo organo dirigente abbia adottato ed attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro atteggiamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotata di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Siffatti modelli sono solitamente indicati in termini di "sistemi di controllo interno", così come si parla di "organi di controllo interno" a proposito degli organismi preposti alla loro vigilanza; con tali espressioni si vuole mettere in luce che si tratta di un controllo interno alla funzione di amministrazione, di un controllo che rientra cioè nella competenza degli amministratori, e che, proprio per ciò, deve essere tenuto nettamente distinto dal controllo che rappresenta invece una funzione autonoma e diversa da quella di amministrazione: tanto che, al fine di riconoscere agli organi di controllo sull'amministrazione anche le funzioni dell'organismo di vigilanza, si è resa necessaria un'apposita norma di legge.

Le funzioni di controllo

Il controllo nella società a responsabilità limitata

Particolarmente articolata risulta la disciplina del controllo nelle società di capitali. Sensibili sono infatti le differenze che, sotto questo profilo, distinguono la s.r.l. dalla s.p.a.

Nella **società a responsabilità limitata**, determinati poteri di controllo sono attribuiti ai singoli soci che non partecipano all'amministrazione: ciascuno di essi ha diritto di consultare, anche tramite professionisti di sua fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione, e di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali. Tali poteri sono conferiti *ex lege* al socio nel proprio interesse.

Ai sensi dell'art. 2477 c.c., l'atto costitutivo può prevedere la nomina di un **organo di controllo** (composto da un solo membro) o di un **revisore**, determinandone le competenze ed i poteri, compresa la funzione di revisore legale dei conti: l'organo di controllo rappresenta, di regola, un organo facoltativo.

In alcuni casi, tuttavia, la nomina dell'organo di controllo o del revisore è **obbligatoria** anche in tali società. ciò accade qualora la società:

1. Sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
2. Controlli una società obbligata alla revisione legale dei conti;
3. Abbia superato per due esercizi consecutivi due delle soglie che impediscono la redazione del bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'art. 2435-*bis* c.c. L'obbligo cessa se per due esercizi consecutivi tali soglie non siano state superate;
4. Sia sottoposta a controllo pubblico.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Se nel caso di costituzione soltanto facoltativa di un organo di controllo spetta all'atto costitutivo determinarne competenze e poteri, quando invece essa è obbligatoria la sua disciplina è quella prevista in tema di collegio sindacale di società per azioni, anche nel caso in cui l'organo sia monocratico.
La **nomina** del collegio sindacale e del suo Presidente ovvero del soggetto incaricato della revisione legale dei conti rientra tra le materie riservate in ogni caso alla competenza dei soci.
La presenza dell'organo di controllo, necessaria o facoltativa che sia, non può significare una limitazione o addirittura soppressione dei poteri di controllo che spettano al soci in virtù dell'art. 2476 c.c.: si tratta infatti di poteri che spettano al socio nel proprio interesse.

Il controllo nelle società per azioni: nozione e caratteri

Nella **società per azioni** le funzioni di controllo sono affidate:

- Al **Collegio sindacale** se il sistema di amministrazione e controllo è quello tradizionale;
- Al **Consiglio di sorveglianza** se il sistema di amministrazione e controllo è quello dualistico;
- Al **Comitato per il controllo sulla gestione** se il sistema è quello monistico.

Tali funzioni riguardano la **legalità** dell'agire degli organi sociali e la correttezza dell'**amministrazione** nella società.

Tali organi vigilano da un lato sull'osservanza della legge e dello statuto, e dall'altro sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

In particolare:

A. Il **controllo di legalità** non si esplica soltanto con riferimento all'amministrazione, ma investe altresì l'attività dell'assemblea. Perciò è dato all'organo di controllo il potere di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea invalide, nonché il potere di chiedere al Tribunale la riduzione d'ufficio del capitale sociale quando, in caso di perdita, l'assemblea non vi provveda; perciò con riferimento ad esso è posto l'obbligo di intervento all'assemblea, e quello di sostituirsi agli amministratori in caso di mancata osservanza degli obblighi ad essi incombenti in merito alla convocazione dell'assemblea e alla pubblicità. Perciò, infine, è stato adesso attribuito a tale organo anche il potere di proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori;
B. Il **controllo relativo alla correttezza dell'amministrazione**, invece, si puntualizza sulla gestione dell'impresa sociale, vale a dire sulla sua organizzazione ad opera degli amministratori: e cioè non solo sulla configurazione astratta, ma anche sul suo concreto funzionamento.

Gli stretti legami che intercorrono tra tali forme di controllo e la revisione legale dei conti rendono indispensabile una costante collaborazione tra i soggetti ad essi preposti: a tal fine, la legge dispone che i componenti degli organi di controllo e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti.
La funzione di controllo è essenzialmente scolta nell'**interesse della società** e costituisce una garanzia per i soci, in quanto assicura il regolare funzionamento degli organi sociali. L'esercizio del controllo indubbiamente rappresenta una garanzia anche per i terzi, ma non è in considerazione dell'interesse di questi che l'organo è costituito.

La legge impone infatti all'organo di controllo di tener conto, nella relazione all'assemblea, delle denunce che siano eventualmente state fatte dai soci, e non dai terzi. Ove la denuncia sia fatta dai soci che rappresentino una determinata percentuale del capitale sociale indicata dalla legge o quella minore prevista dallo statuto, l'organo di controllo deve inoltre indagare sulla verità dei fatti denunciati: se poi si tratta di fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere, è tenuto altresì a convocare l'assemblea; qualora invece tali fatti siano emersi nell'espletamento di un suo incarico, in assenza di una denuncia, l'organo di controllo, pur non essendo tenuto a convocare l'assemblea, ha comunque il potere di farlo, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione o di gestione.

L'organo di controllo è pur sempre emanazione della società e parte integrante di questa: è un organo attraverso il quale la società controlla l'operato degli altri suoi organi.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Composizione e funzionamento degli organi di controllo

I **componenti** dell'organo di controllo:

- Possono essere soci o non soci;
- Debbono avere, oltre alla generica idoneità psichica e morale richiesta per gli amministratori, una posizione di **indipendenza** e una specifica **competenza** tecnica e posizione professionale.

Per quanto concerne il primo aspetto, la legge richiede che i componenti dell'organo di controllo risultino **indipendenti**:

- Sia rispetto alla **società** e a quelle appartenenti al medesimo gruppo;
- Sia rispetto agli **amministratori**.

Ciò, però, in termini tra loro diversi a seconda del sistema di amministrazione e controllo adottato.

La carica di sindaco e quella di componente del consiglio di sorveglianza non può essere assunta, a pena di decadenza, dagli amministratori della società o di altre società del gruppo; i membri del comitato per il controllo sulla gestione, invece, non solo possono, ma devono essere scelti tra gli amministratori.

Non possono essere nominati membri del collegio sindacale né componenti del comitato per il controllo sulla gestione i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società o di altre società del gruppo.

Per quanto riguarda la **qualificazione professionale**, la legge richiede che almeno un componente dell'organo di controllo sia scelto tra gli iscritti nel registro dei revisori legali e prevede inoltre un potere regolamentare in materia del Ministro dell'economia e delle finanze, da esercitarsi di regola sentita la Consob, e del Ministro della giustizia. In ordine al collegio sindacale, si precisa che iscritto in tale registro deve essere, oltre che almeno un membro effettivo, anche almeno un supplente.

L'esigenza del possesso di specifiche competenze tecniche da parte dei restanti componenti degli organi di controllo è soddisfatta in termini tra loro sensibilmente diversi.

In ordine al collegio sindacale, è infatti la stessa legge a disporre che gli altri membri, se non iscritti anch'essi nel registro dei revisori legali, devono essere scelti o tra gli iscritti in uno degli albi professionali individuati dal Ministro della giustizia, o fra i professori universitari di ruolo in materie economiche o giuridiche, precisando che la cancellazione o sospensione del registro dei revisori legali e la perdita degli altri requisiti professionali implica la decadenza dall'ufficio di sindaco.

Qualora invece lo statuto abbia affidato al collegio sindacale anche la revisione legale dei conti, si richiede che tutti i componenti siano revisori legali iscritti nell'apposito registro.

Lo statuto può prevedere, per i sindaci e per i consiglieri di sorveglianza, ulteriori cause di ineleggibilità o di decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo di incarichi; si richiede inoltre che i componenti degli organi di controllo rendano noti all'assemblea, al momento della nomina e prima dell'accettazione, gli incarichi di amministrazione e di controllo ricoperti presso altre società.

Gli organi di controllo presentano **struttura pluripersonale** ed **operano collegialmente**.

Devono riunirsi almeno ogni 90 giorni; di ciascuna riunione deve essere redatto processo verbale da trascriversi in apposito libro delle adunanze e delle deliberazioni.

L'organi di controllo è regolarmente costituito con la presenza della maggioranza dei componenti, e delibera a maggioranza assoluta; in caso di dissenso, il membro dissenziente ha diritto di farne inserire a verbale i motivi.

I singoli organi di controllo

Nelle società per azioni:

- Il **collegio sindacale** è previsto solo quando i soci abbiano adottato il c.d. sistema tradizionale di amministrazione e controllo;
- Quando si è adottato il sistema dualistico, organo di controllo è il **consiglio di sorveglianza**;
- Nel sistema monistico, le funzioni di controllo sono svolge dal **comitato per il controllo sulla gestione** costituito all'interno del consiglio di amministrazione: è composto da amministratori.

Dunque:

A. Nel **sistema tradizionale**, le funzioni si controllo sono esercitate dal **collegio sindacale**, che si compone di tre o cinque membri effettivi e di due supplenti.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I sindaci sono nominati dai soci, per la prima volta nell'atto costitutivo o dall'assemblea dei sottoscrittori, e successivamente dall'assemblea ordinaria, che nomina altresì il presidente del collegio sindacale.
I sindaci restano in carica per tre esercizi, e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica: la cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto nel momento in cui il collegio è stato riconosciuto.
La revoca dei sindaci è possibile solo per giusta causa, e la deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dal tribunale, sentito l'interessato. Si vuole con ciò assicurare ai sindaci una posizione di indipendenza rispetto agli altri organi sociali: al medesimo fine, si esige la nomina fin dall'inizio dei sindaci supplenti ai quali subentrano automaticamente i sindaci che hanno cessato dalla carica secondo un ordine di anzianità, e si impone che il compenso dei sindaci sia determinato dall'atto costitutivo o fissato per l'intera durata dell'ufficio all'atto della nomina.
La nomina e la cessazione dei sindaci devono essere iscritte nel registro delle imprese.
Il collegio sindacale è organo collegiale, e come tale opera. Il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, e può scambiare informazioni, oltre che con i soggetti incaricati della revisione legale dei conti, con gli organi di controllo delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale.
Non mancano ipotesi in cui il controllo può essere esercitato singolarmente: i sindaci possono infatti in qualsiasi momento procedere anche individualmente ad atti di ispezione e controllo.
La legge consente al sindaco di avvalersi, per specifiche operazioni di ispezione e di controllo, di propri dipendenti ed ausiliari, a proprie spese e sotto la propria responsabilità, e a condizione che tali collaboratori non si trovino nelle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 2399 c.c.
La mancata partecipazione di un sindaco a due riunioni del collegio sindacale senza giustificato motivo, come il mancato intervento alle assemblee o a due adunanze consecutive del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo, costituiscono causa di decadenza dall'ufficio.
La legge impone ai membri del collegio sindacale di esercitare le loro funzioni con la **professionalità** e la **diligenza** richieste dalla natura dell'incarico; inoltre impone ad essi espressamente l'obbligo del segreto sui fatti e sui documenti di cui abbiano conoscenza per ragioni del loro ufficio. I membri del collegio sindacale sono responsabili della verità delle loro attestazioni e sono altresì responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.
La solidarietà sussiste nei confronti della società e dei creditori sociali: nei rapporti fra amministratori e sindaci, non pare dubbio che il sindaco che abbia risarcito il danno provocato da fatto colposo doloso degli amministratori possa esercitare l'azione di regresso nei confronti di questi. La responsabilità sussiste cioè per il fatto proprio, non per il fatto altrui, e questa responsabilità può essere esclusa facendo risultare il proprio dissenso o i propri rilievi nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale.
L'azione di responsabilità è regolata dalle disposizioni degli artt. 2393, 2393-*bis*, 2394, 2394-*bis* e 2395 c.c., cioè è subordinata agli stessi presupposti e agli stessi limiti dell'azione di responsabilità contro gli amministratori.
La rinunzia all'azione nei confronti degli amministratori importa liberazione dei sindaci, salvo che il diritto di perseguire i sindaci non sia stato espressamente riservato.
Anche per i sindaci è prevista una responsabilità penale, oltre che nel caso di concorso nei reati commessi dagli amministratori, nell'ipotesi di false comunicazioni sociali, come pure qualora compiano od o mettano atti, in violazione degli obblighi inerenti all'ufficio, cagionando nocumento alla società: una sanzione amministrativa è prevista nel caso in cui costoro omettano di denunciare all'assemblea e al tribunale la regolare distribuzione di utili da parte degli amministratori.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

B. L'organo di controllo che caratterizza il **sistema dualistico** è il **consiglio di sorveglianza**: il numero dei suoi componenti è determinato dallo statuto, il quale può anche fissare un numero massimo e un numero minimo che, in ogni caso, non può essere inferiore a tre.
Anche i consiglieri di sorveglianza sono nominati dai soci, previa determinazione del loro numero nei limiti indicati dallo statuto. Anche il presidente del consiglio di sorveglianza è eletto dall'assemblea.

La disciplina è analoga a quella prevista per i sindaci: medesimo è il termine di durata (tre esercizi), così come identico è il regime della efficacia della cessazione per scadenza del termine. I componenti del consiglio di sorveglianza sono inoltre rieleggibili.

Sensibilmente diversa è invece la disciplina della revoca: i componenti del consiglio di sorveglianza sono revocabili in qualunque tempo dall'assemblea, anche in assenza di giusta causa; la mancanza di giusta causa comporta soltanto l'obbligo di risarcire il danno arrecato ai consiglieri revocati. Anche in tal caso la revoca è deliberata dall'assemblea ordinaria: a tal fine si richiede, tuttavia, il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale.

Diversa è anche la disciplina della sostituzione dei componenti venuti meno nel corso dell'esercizio: l'assenza di membri supplenti impone, al fine di completare il consiglio, che sia l'assemblea a provvedere senza indugio alla nomina dei nuovi consiglieri.

L'autentica peculiarità del consiglio di sorveglianza è in realtà rappresentata dalle competenze e dai poteri ad esso riconosciuti.
Si tratta per un verso di competenze che, negli altri sistemi di controllo, spettano ai soci e all'assemblea ordinaria: in particolare, il consiglio di sorveglianza nomina e revoca gli amministratori, cioè i consiglieri di gestione, come pure ne determina il compenso; inoltre, promuove nei loro confronti l'esercizio dell'azione di responsabilità: si tratta, tuttavia, di una competenza concorrente con quella riconosciuta alla società e ai soci.
Inoltre, approva il bilancio di esercizio e quello consolidato: lo statuto può tuttavia prevedere che, in caso di mancata approvazione del bilancio o qualora lo richieda almeno un terzo dei consiglieri di gestione o di sorveglianza, tale prerogativa sia attribuita all'assemblea.
Per altro verso, al consiglio di sorveglianza sono riconosciuti poteri, doveri e responsabilità che, nel sistema tradizionale, sono riferiti al collegio sindacale. Si ha riguardo, da un lato, al potere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento della società e delle controllate e di scambiare informazioni con i corrispondenti organi di queste ultime; dall'altro, al dovere di partecipare alle assemblee: l'inosservanza del quale non comporta, tuttavia, in nessun caso decadenza dall'ufficio; i consiglieri di sorveglianza possono assistere alle adunanze del consiglio di gestione, ma non sono tenuti a farlo.
Lo statuto può infine assegnare al consiglio di sorveglianza un'ulteriore competenza: quella di deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione: resta ferma la responsabilità dei componenti del consiglio di gestione per gli atti da esso compiuti.

C. Nel **sistema monistico**, le funzioni di controllo sono svolte dal **comitato per il controllo sulla gestione**: non solo la determinazione del numero die suoi componenti (che nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non può essere inferiore a tre), ma anche la loro nomina spetta al consiglio di amministrazione. La nomina del presidente del comitato spetta invece ai suoi membri, i quali decidono a maggioranza assoluta.
Il comitato di controllo non solo è nominato, di regola, dal consiglio di amministrazione, ma è necessariamente costituito all'interno dello stesso consiglio. Il comitato risulta cioè integralmente composto da consiglieri di amministrazione, e dunque da amministratori, e in particolare da amministratori non solo indipendenti, ma anche non esecutivi: che cioè non siano membri del comitato esecutivo, né titolari di deleghe o di particolati cariche, e che comunque non svolgano funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di altre società del gruppo.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Ancorché non esecutivi, i componenti del comitato per il controllo sono pur sempre amministratori, e dunque mantengono integre tutte le prerogative relative a tale carica: il tratto distintivo immancabile del sistema in questione deve anzi rinvenirsi proprio nella necessaria spettanza ai soggetti investiti della funzione di controllo anche delle prerogative proprie degli amministratori.

Il comitato per il controllo sulla gestione svolge, oltre alla funzione di controllo, gli ulteriori compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione, con particolare riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati della revisione legale dei conti. Nell'esercizio delle sue competenze, il comitato si avvale essenzialmente delle prerogative e dei poteri che spettano ai suoi componenti in quanto amministratori. I componenti del comitato per il controllo, sempre in quanto amministratori, sono tenuti ad osservare gli obblighi discendenti da tale carica, ai quali deve aggiungersi il dovere si assistere alle riunioni del comitato esecutivo.

Il controllo giudiziario

Nelle società per azioni, l'art. 2409 c.c. prevede la possibilità di un **controllo giudiziario** al fine di ripristinare il regolare funzionamento della società.

Quando vi è *fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*, gli **organi di controllo**, i **soci** che rappresentano una determinata percentuale del capitale sociale nonché, ma solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il **pubblico ministero**, possono chiedere l'**intervento dell'autorità giudiziaria**, denunciando i fatti al tribunale del luogo nella cui circoscrizione è posta la sede della società con ricorso notificato anche a quest'ultima.

Il Tribunale, in base ad accertamento sommario in camera di consiglio, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società (a spese dei richiedenti o della stessa società). Se l'assembla sostituisce gli amministratori e i componenti dell'organo di controllo con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano per accertare le violazioni e per eliminarle, riferendo al tribunale sulle attività compiute, l'ispezione può non essere ordinata e il procedimento deve essere sospeso.

Se le irregolarità risultano effettivamente esistenti, e non siano state eliminate dai nuovi componenti degli organi sociali, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti cautelari, convocare l'assemblea e addirittura, nei casi più gravi, revocare gli amministratori e i componenti dell'organo di controllo e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata. All'amministratore giudiziario spetta *ex lege* il potere di proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci.

Prima della scadenza dell'incarico, l'amministratore giudiziario deve rendere conto al tribunale e convocare l'assemblea per la ricostituzione degli organi sociali o per proporre la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale. Egli di diritto presiede l'assemblea.

Funzione del procedimento è quella di apprestare un ulteriore mezzo ai soci di minoranza per la tutela dei loro interessi nella società, nel caso in cui questi vengano arbitrariamente pregiudicati, o comunque non sufficientemente tutelati, dalla maggioranza e dagli organi sociali che di questa maggioranza sono appunto espressione.

La legge considera essenzialmente l'ipotesi in cui le irregolarità degli amministratori non trovino una reazione da parte della maggioranza né dell'organo di controllo e trovino anzi questi, se non addirittura partecipi o consenzienti, quanto meno remissivi. Lo spazio residuo riconosciuto al potere di denuncia del pubblico ministero risulta anch'esso funzionale alla tutela degli stessi interessi.

La legittimazione del pubblico ministero si spiega in quanto, al fine di evitare azioni pretestuose, il potere di denuncia è stato riservato a minoranze elevate e difficilmente raggiungibili nelle società di maggior rilievo, cioè appunto quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Il socio singolo o queste minoranze potranno denunciare al pubblico ministero i fatti e questi, ove trovi nella denuncia elementi sufficienti, provvederà lui a prendere l'iniziativa. Si contempera così l'esigenza di non attribuire al singolo socio un potere sproporzionato all'interesse economico che egli ha nella società con quella di non lasciare senza difesa quelle minoranze che non possono da sole esercitare il potere di denuncia.

Questa prospettiva spiega anche perché non sia proponibile il dubbio se il procedimento possa essere utilizzato anche nelle società a responsabilità limitate, in ordine alle quali esso non risulta più previsto.

Il procedimento *ex* art. 2409 è un procedimento di volontaria giurisdizione avente una duplice funzione:

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

a. Una **funzione ispettiva**, che mira cioè ad accertare attraverso un controllo dell'amministrazione la situazione della società;
b. Una **funzione cautelare**, tendente ad adottare nell'ambito dell'organizzazione sociale quelle cautele che si rendono necessarie nell'interesse della minoranza e che possono giungere fino alla revoca degli amministratori e dei componenti dell'organo di controllo e alla nomina di un amministratore giudiziario.

I provvedimenti sono emessi dal tribunale, sentiti gli amministratori e i componenti dell'organo di controllo. Il Tribunale non è chiamato a risolvere le controversie, ma è chiamato unicamente ad adottare i provvedimenti a tutela della società e dei soci di minoranza.

Si dubitava se il rimedio *ex* art. 2409 c.c. fosse consentito nelle ipotesi in cui la società sia soggetta a vigilanza da parte di pubbliche amministrazioni. Il problema è risolto:

- In senso **positivo** in ordine alle società cooperative;
- In senso **negativo** per quanto riguarda le banche e le assicurazioni.

In entrambi i casi si riconosce ai soci di minoranza il diritto di proporre denuncia all'autorità di vigilanza (e cioè, rispettivamente, alla Banca d'Italia e all'IVASS).

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Bilancio e informazione societaria interna

L'informazione societaria

La nozione di **informazione societaria** non è univoca. Di informazione societaria si parla:

- Come di un fenomeno che interessa essenzialmente i soci;
- Come di un fenomeno che interessa il mercato finanziario cui la società si svolge per procacciarsi i mezzi necessari allo svolgimento dell'impresa.

Il secondo è un profilo che evidentemente rileva soprattutto con riferimento alla società per azioni, in quanto tipicamente destinata a rivolgersi a tale mercato e che anzi proprio in questa sua attitudine trova la sua origine storica e buona parte della sua caratterizzazione.

Entrambe queste accezioni in cui l'espressione "informazione societaria" viene usata hanno una loro giustificazione e trovano il loro fondamento nel nostro ordinamento giuridico: esso conosce una informazione *interna* che si realizza nell'ambito degli organi societari e che si svolge essenzialmente come obbligo imposto a coloro che detengono gli elementi di conoscenza, ma talora anche ad iniziativa di quei soggetti ai quali la legge attribuisce il diritto di essere informati.

È chiaro come l'informazione societaria interna e la sua esteriorizzazione sia un presupposto necessario perché possa attuarsi tale controllo dell'opinione pubblica.

L'**informazione societaria interna** si realizza essenzialmente:

- Attraverso l'imposizione della tenuta dei libri sociali;
- Attraverso l'imposizione della *redazione del bilancio* di esercizio e degli altri bilanci straordinari e delle relative relazioni e della loro pubblicità;
- Attraverso la previsione di uno specifico controllo avente ad oggetto la contabilità della società, vale a dire la *revisione legale dei conti.*

I libri sociali

Le caratteristiche proprie delle società di capitali impongono particolari obblighi di documentazione con riferimento ai rapporti sociali e all'attività degli organi, e imprimono nuovi caratteri e nuove funzioni a quegli obblighi che già incombono alla società in relazione alla sua qualità di imprenditore.

Oltre ai libri e alle scritture contabili previsti all'art. 2214 c.c., le società di capitali **debbono tenere**, ai sensi degli artt. 2421 e 2478 c.c., una serie di altri libri nei quali devono essere trascritti i verbali delle decisioni degli organi sociali.

Si tratta in particolare:

a) Del **libro delle decisioni dei soci** nella società a responsabilità limitata e del **libro delle adunanze** e delle deliberazioni delle assemblee nelle società per azioni;
b) Del **libro delle decisioni degli amministratori** nella società a responsabilità limitata, del **libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o di gestione** nelle società per azioni, e del **libro delle adunanze e delle deliberazioni del comitato esecutivo**, nelle società in cui esista;
c) Del **libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione** nelle società in cui esistano.

Nella società per azioni e nella società in accomandita per azioni, debbono inoltre essere tenuti:

d) Il **libro dei soci**, nel quale debbono essere indicati il numero delle azioni, distintamente per ogni categoria, il nome degli intestatari delle azioni nominative, i versamenti eseguiti, i trasferimenti delle azioni e i vincoli ad esse relativi;
e) Il **libro delle obbligazioni**, il quale deve indicare l'ammontare delle obbligazioni emesse e di quelle estinte, il nome dei titolari delle obbligazioni nominative, i trasferimenti delle obbligazioni nominative e i vincoli ad esse relativi e il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti. Nelle società per azioni che abbiano costituito un patrimonio destinato ad uno specifico affare deve essere tenuto il libro degli strumenti finanziari di partecipazione all'affare, il quale deve indicare le loro caratteristiche, l'ammontare di quelli emessi e di quelli estinti, le generalità dei titolari degli strumenti nominativi e i trasferimenti e i vincoli ad essi relativi.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nella società a responsabilità limitata i soci che non partecipano all'amministrazione hanno il diritto di consultare sia tutti i libri sociali sia la documentazione relativa all'amministrazione della società: a costoro è quindi riconosciuto un generale **potere ispettivo**.
Nelle società per azioni, il socio ha il diritto di esaminare soltanto il libro dei soci e il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea e di ottenerne estratti a sue spese.

Il rappresentante degli obbligazionisti può esaminare, e ottenerne estratti a sue spese, il libro delle obbligazioni e il libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee: eguale diritto spetta ai singoli possessori di tali strumenti ed a loro rappresentante comune, come pure, in ordine al libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti, ai singoli obbligazionisti.

Il bilancio. L'esercizio sociale

La **situazione patrimoniale della società** e le **variazioni** in essa verificatesi per effetto della gestione dell'impresa sociale hanno una rilevanza determinante nelle società di capitali, appunto in considerazione della loro struttura capitalistica; e di conseguenza il bilancio assume un valore:

- Come mezzo di controllo dei risultati della gestione dell'impresa;
- Come momento decisivo per la disciplina giuridica della società.

Si pensi all'influenza determinante che il bilancio della società esercita:

- In ordine alla distribuzione degli utili ai soci;
- In ordine alla riduzione del capitale sociale per perdite;
- In ordine alla emissione delle obbligazioni.

L'importanza centrale che il bilancio assume nella vita della società consente di comprendere perché in tale materia, più che in altre, si sia assistito ad una serie ripetuta di interventi legislativi e perché essi si siano mossi e si muovano nel senso di una sempre maggiore analiticità della disciplina.

Da ultimo la crescente internazionalizzazione dei mercati ha richiesto una sempre maggiore uniformità dei principi di redazione dei bilanci, e ciò in ambito non solo comunitario, ma appunto internazionale. A tal fine sono predisposti dall'*International Accounting Standards Board* (IASB) i cc.dd. principi contabili internazionali, vale a dire:

- Gli *International Accounting Standards (IAS);*
- *Gli international Financial Reporting Standards (IFRS).*

Il legislatore ha provveduto ad adottarli con Regolamento CE n. 1606/2002 attuato nel nostro ordinamento con D. Lgs. 28 febbraio 2005, n. 38. L'adozione di tali principi è obbligatoria per il bilancio consolidato e per il bilancio d'esercizio delle società con azioni quotate nei mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante, delle banche, degli intermediari finanziari e delle imprese di assicurazione, e solo facoltativa per quelle delle altre.

L'accertamento della situazione patrimoniale può farsi all'inizio dell'attività sociale e alla sua fine: si ha così un **bilancio di apertura** in contrapposto al **bilancio di liquidazione**.
L'accertamento può farsi inoltre:

- Periodicamente, alla chiusura di ogni singolo esercizio (c.d. **bilancio ordinario** o di esercizio);
- In occasione di determinati fatti (in tal caso, si parla di **bilanci straordinari**).

La legge prevede e regola analiticamente il **bilancio di esercizio***:*

- Sancendo l'obbligo della sua compilazione periodica alla chiusura di ogni esercizio sociale;
- Predisponendo una rigorosa disciplina;
- Riconnettendo al bilancio particolari effetti giuridici.

Quando pertanto nella legge si fa riferimento al bilancio senza specificazioni, deve intendersi che sia fatto riferimento al *bilancio di esercizio.*
Nelle **società di capitali** il bilancio non è un documento attestante la situazione patrimoniale della società comunque e da chiunque redatto, ma è quel documento attestante la situazione patrimoniale della società che è posto in essere all'epoca, con i criteri, con le modalità e con la partecipazione degli organi prescritti dalla legge.
Il **bilancio**, nel sistema della legge, è collegato all'**esercizio**, ed è diretto a cristallizzare in un documento contabile le variazioni che si sono verificate nel patrimonio della società rispetto alla situazione esistente

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

all'inizio dell'esercizio, al fine di stabilire se vi sia stato un incremento di valore o invece un suo decremento e di accertare quantitativamente l'entità di questi incrementi o di questi ulteriori decrementi. Il collegamento del bilancio all'esercizio e ai provvedimenti che all'esercizio sono connessi assume un decisivo rilievo in relazione alla sua **funzione**, e ne impronta la disciplina.
La **nozione di esercizio** è nozione essenzialmente formale e giuridica e non trova un riscontro nella realtà economica dell'impresa. L'esercizio è in funzione di una ripartizione della unitaria attività sociale in periodi secondo un modulo predeterminato, allo scopo di far assumere a ciascun periodo, sul piano giuridico e a determinati fini, una propria autonomia.

L'esercizio è appunto un periodo di attività risultante da questa ripartizione.

- Economicamente, questa ripartizione in periodi è sicuramente arbitraria;
- Giuridicamente, essa serve a contemperare l'esigenza dei creditori sociali con l'esigenza dei soci di veder realizzato il proprio interesse individuale gradualmente e senza dover attendere la estinzione della società.

Il periodo di durata dell'esercizio è per legge **annuale** e si tratta di un modulo non modificabile dalla volontà privata.

Anche per chi ammetta che il modulo possa essere diverso e si possa assumere come durata dell'esercizio di un periodo più breve, il modulo in funzione del quale deve farsi la ripartizione in esercizi, deve essere predeterminato e costante. Nella prassi tuttavia è frequente che questo modulo sia variato rispetto al primo esercizio nel senso di allungarlo o di abbreviarlo in modo da consentirgli di assumere il ritmo normale.

Struttura e contenuto del bilancio

Se si considera il bilancio nel suo significato di documento contabile appare subito chiaro il ruolo centrale per esso svolto:

- Dal **conto** o **stato patrimoniale**;
- Dal **conto economico** o **dei profitti e delle perdite**.

Sono poi previsti altri documenti (come la relazione sulla gestione, il rendiconto finanziario e la nota integrativa allegata); tuttavia, il ruolo di tali documenti è quello di integrare i dati forniti dai primi due, eventualmente anche correggendoli nel loro valore informativo, non anche di modificarne la portata.

Deve sottolinearsi che il conto patrimoniale e il conto economico formano un *tutto inscindibile* che non ammette la possibilità di reciproche contraddizioni: essi costituiscono infatti due rappresentazioni di una stessa realtà riferibile ad uno stesso momento e considerata nel suo aspetto statico e nel suo aspetto dinamico. Le variazioni del conto patrimoniale rispetto a quello risultante dal bilancio precedente sono, e debbono essere, la diretta conseguenza delle operazioni e dei movimenti economici verificatisi durante l'esercizio e che sono rappresentati nel conto economico. La somma algebrica di queste variazioni corrisponde esattamente a quella che risulta dal conto economico come utile o come perdita di esercizio.

Divergenze tra conto patrimoniale e conto economico non possono sussistere:

- Se il conto economico dà come risultato dell'esercizio un utile di cento, dal conto patrimoniale non può che emergere un incremento patrimoniale netto di cento;
- Viceversa, se dal conto economico emerge una perdita di cento, dal conto patrimoniale non può che emergere un decremento patrimoniale corrispondente.

A. Per quanto riguarda lo *stato patrimoniale*, il documento contabile è diviso in due parti:
   - L'**attivo**.
   - Il **passivo**.

   Nell'**attivo**, accanto a poste che rappresentano elementi patrimoniali effettivamente esistenti (attivo effettivo) figurano poste che hanno un significato puramente contabile (attivo ideale).
   Nel **passivo**, accanto a passività effettivamente esistenti (passivo effettivo) figurano poste che rappresentano passività puramente contabili (passivo ideale).
   Le voci dell'attivo nello schema di bilancio prescritto dall'art. 2424 c.c. sono suddivise in due grandi categorie a seconda che attengano alle **immobilizzazioni** o all'**attivo circolante**.

   Le **immobilizzazioni** sono a loro volta distinte in tre grandi categorie:

   - **Immobilizzazioni immateriali**, dove vengono comprese sia le valutazioni di diritti di proprietà e i diritti analoghi, sia i costi di impianto e di ampliamento e i costi di sviluppo;
   - **Immobilizzazioni materiali**, tra cui rientrano in primo luogo gli immobili e le attrezzature;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- **Immobilizzazioni finanziarie**.

Per quanto riguarda l'**attivo circolante**, la distinzione fondamentale è invece in quattro categorie di voci, a seconda che si tratti di:

- Rimanenze;
- Crediti;
- Attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni;
- Disponibilità liquide.

Le **voci del passivo** si aprono con l'indicazione dei componenti del **patrimonio netto**, e cioè:

- Del capitale sociale;
- Delle differenti riserve prescritte dalla legge, compresa quella *negativa* per azioni proprie in portafoglio e dallo statuto;
- Degli utili o perdite di precedenti esercizi portati a nuovo e di quelli dell'esercizio.

L'art. 2424-*bis*, comma 6, c.c.,. prevede che a queste voci si aggiungono, sia nell'attivo sia nel passivo, i ratei e i risconti, e cioè i proventi e i costi sostenuti nell'esercizio ma di competenza di esercizi successivi: proventi e costi la cui entità varia in ragione del tempo.

L'art 2424 c.c. definisce in via generale la nozione stessa di immobilizzazione: essa è riferita agli elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente. È significativo anche che si prescriva l'indicazione dei totali corrispondenti ai singoli gruppi di voci.

B. La funzione del **conto economico**, o **conto dei profitti e delle perdite**, è quella di rappresentare distintamente i singoli ricavi e singoli costi in funzione dei fatti economici che li hanno provocati.

Si pone pertanto l'esigenza di distinguere, con riferimento ai ricavi:

- Quelli relativi all'attività sociale (i ricavi quindi delle vendite e delle prestazioni, le variazioni delle rimanenze, le variazioni dei lavori in corso e delle immobilizzazioni per i lavori interni);
- Quelli relativi ad attività finanziarie nelle loro diverse categorie (come quelli derivanti da partecipazioni, con indicazione sperata dei ricavi relativi ad imprese controllate, collegate, controllanti e sottoposte a comune controllo, da crediti e così via);
- Quelli straordinari con riferimento ai costi tra quelli inerenti all'esercizio dell'*attività economica* che forma oggetto della società, quelli di tipo straordinario e quelli di tipo tributario.

Al riguardo, l'evoluzione legislativa ha condotto ad innovazioni ancora più incisive di quanto sia avvenuto in tema di stato patrimoniale: si è passati da una rappresentazione delle poste contrapposte dei costi e dei ricavi ad una forma *espositiva scalare.*

Con la **classificazione dei ricavi e di costi e per natura**, a seconda cioè che essi riguardino l'attività produttiva, le operazioni finanziarie o quelle straordinarie, si fornisce immediatamente una serie di **totali parziali** in grado di rappresentare informazioni di rilievo per la comprensione della situazione economica della società e dell'andamento dell'esercizio: la somma algebrica di questi totali consente poi determinare il risultato complessivo dell'esercizio e, dedotte le imposte sul reddito, l'utile conseguito o la perdita sofferta.

La legge prevede, accanto al conto patrimoniale e a quello economico, la redazione di ulteriori documenti volti ad illustrare ed in alcuni casi ad integrarne il contenuto e completarne così la funzione informativa. Si tratta:

- Della relazione sulla gestione;
- Del rendiconto finanziario;
- Dell'allegato o nota integrativa.

La loro funzione è quella di fornire informazioni sulla evoluzione dell'attività sociale e sulla struttura finanziaria dell'impresa, e di precisare i criteri seguiti nella redazione del bilancio.

C. Il primo ruolo è essenzialmente svolto dalla **relazione sulla gestione**: essa, oltre a contenere un'analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società, in coerenza con la complessità degli affari di quest'ultima, deve illustrare l'andamento generale della gestione e la sua prevedibile evoluzione e descrivere i principali rischi e incertezze cui la società è esposta. La relazione deve inoltre fornire informazioni in merito:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Alle attività di ricerca e di sviluppo;
- Ai rapporti con le imprese controllate, collegate, controllanti e sottoposte a comune controllo;
- All'acquisto e possesso di azioni proprie;
- Ai rischi connessi all'uso da parte della società di strumenti finanziari, se rilevanti per la valutazione della situazione patrimoniale e del risultato economico dell'esercizio.

D. Molto più pregnante è la funzione del **rendiconto finanziario** e quella dell'allegato o **nota integrativa**.
Il rendiconto finanziario deve infatti indicare, per l'esercizio in corso e per quello precedente:
   - L'ammontare e la composizione delle disponibilità liquide, all'inizio e al termine dell'esercizio;
   - I flussi finanziari derivanti dall'attività operativa, dall'investimento e dal finanziamento, con separata menzione delle operazioni con i soci

E. La **nota integrativa** è diretta ad integrare i dati risultanti dal conto patrimoniale e dal conto patrimoniale e dal conto economico e attuare un raccordo tra bilancio e situazione della società, attraverso una serie di informazioni ulteriori necessarie per la comprensione del primo e per una più attenta e dettagliata valutazione della seconda.
   Così la legge le assegna, nell'ordine in cui sono indicate nello stato patrimoniale e nel conto economico, il compito di annotare e commentare sia le situazioni in cui i dati di bilancio non corrispondono pienamente alla realtà economica, sia le eventuali deviazioni dai principi base posti per le valutazioni di bilancio.
   Queste caratteristiche spiegano perché sia il rendiconto finanziario, sia la nota integrativa facciano anch'essi parte del bilancio:
   - Il primo rappresenta lo strumento per individuare i margini di solvibilità dell'impresa;
   - Il secondo per coordinare i dati di bilancio con la situazione effettiva e per darne una corretta interpretazione.

   Ciò spiega anche perché tali documenti svolgono una **funzione essenzialmente informativa**: essi assumono rilievo soltanto ai fini dell'informazione, e cioè ai fini della rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società.

I principi di redazione del bilancio

Il bilancio deve in primo luogo offrire una rappresentazione veritiera degli utili conseguiti o delle perdite subite durante l'esercizio, e cioè dei risultati economici positivi o negativi delle operazioni compiute nell'esercizio: un principio, quello della **verità del bilancio**, applicabile a tutte le imprese, individuali e collettive, e riferito, in particolare, al conto economico.
Ed in questa direzione si muove l'art. 2423, comma 2, c.c., ove si richiede che il bilancio sia idoneo a rappresentare in modo **veritiero e corretto** la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell'esercizio.
La formula vuole corrispondere a quella del "quadro fedele". Nella formazione del bilancio vi sono operazioni da compiere che non consistono in una attività di mero accertamento, ma consistono in una attività di valutazione. Rispetto a queste operazioni è difficile poter affermare con sicurezza che il risultato sia "veritiero"; diviene pertanto decisivo che l'atteggiamento soggettivo sia corretto e cioè effettivamente diretto alla realizzazione di un risultato "veritiero".
L'esigenza di una rappresentazione veritiera e corretta risulta fondamentalmente unitaria dei dati esposti in bilancio. Deve anzi riconoscersi che, quando si tratta di **valutazioni**, l'accento dovrà essere posto sul profilo della correttezza.
Perciò questo accento sul profilo della correttezza può implicare nel caso concreto esigenze ulteriori o persino diverse rispetto a via preventiva e generale individuate dal legislatore. Ciò spiega perché:

- Si preveda che si debbano fornire informazioni supplementari nell'ipotesi in cui quelle richieste da specifiche disposizioni di legge non siano sufficienti;

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Si preveda inoltre che in casi eccezioni si debbano disapplicare le regole legislative che si rivelino incompatibili con l'esigenza di una "rappresentazione veritiera e corretta", e si precisa anzi che il rispetto delle regole di legge è richiesto solo ove rilevante al fine di fornire una rappresentazione siffatta, fermi restando gli obblighi di regolare tenuta delle scritture contabili.

Pare chiaro comunque che il parametro mediante il quale eventualmente sindacare il rispetto di tali regole dovrà essere essenzialmente quello della "**correttezza**" piuttosto che l'altro della "verità".

In ogni caso, quel parametro della correttezza deve essere inteso e concretizzato alla luce di un **criterio di prudenza.** Un principio che viene esplicato sia in termini generali sia per quanto concerne i suoi più rilevanti profili operativi: così con riferimento alla possibilità di iscrivere "esclusivamente gli utili realizzati ala data di chiusura dell'esercizio" ed all'obbligo invece di "tener conto dei rischi e delle perdite di competenza dell'esercizio, anche se conosciuti dopo la chiusura di questo.

La regola della prudenza, prevista dall'art. 2423 c.c., costituisce in effetti il principio centrale in cui ci si deve attenere nella redazione del bilancio. Accanto ad essa si pone un'altra serie di regole che sono esplicitate dal legislatore e vengono a costruire i principi di redazione del bilancio.

Si tratta di **regole della prassi contabile**, le quali:

- Da un lato precisano che quello di esercizio della società per azioni è un bilancio di competenza e non di cassa;
- Dall'altro impongono di tener conto della concreta struttura patrimoniale della società;
- Dall'altro ancora sottolineano il ruolo centrale che nelle valutazioni di bilancio assume la prospettiva dell'impresa sociale quale organizzazione operativa che va al di là del singolo esercizio: perciò si impone l'adozione della "prospettiva della continuazione dell'attività" e si richiama la necessità di tenere conto "della sostanza dell'operazione o del contratto" e perciò in via di principio "i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all'altro".

Se quest'ultima regola è suscettibile di deroga in casi eccezionali, il che in concreto può significare mutamenti strutturali e funzionali di particolare rilievo dell'impresa sociale, ne risulta l'esigenza di un'adeguata informazione in merito alla sua influenza sui risultati di bilancio, attraverso la motivazione e l'indicazione della deroga nella nota integrativa.

Accanto a questi principi diretti ad assicurare la **verità** e la **correttezza** del bilancio la legge pone una serie di prescrizioni dirette all'**informazione** dei soci e dei terzi.

La legge prescrive i **criteri formali** che gli amministratori debbono osservare nella redazione del bilancio. Si tratta di criteri tecnici che debbono essere seguiti nella sua formazione, in modo che in base ad esso possano essere agevolmente percepite la situazione economica e l'andamento della società.

Essendo questa la finalità di tali prescrizioni, si comprende perché l'esigenza di chiarezza sia soprattutto riferita al bilancio considerato nella sua unitarietà, non necessariamente alle singole voci di cui esso si compone: occorre cioè che dal bilancio sia agevolmente percepibile la situazione economica e patrimoniale della società, che il bilancio vuole e deve rappresentare.

Ciò spiega anche la possibilità in molti casi che le eventuali oscurità e imprecisioni del bilancio possano essere eliminate attraverso i dati forniti dalle relazioni degli amministratori e dei sindaci o attraverso i chiarimenti forniti in assemblea.

E ciò spiega inoltre perché la disciplina prevede:

- La possibilità del raggruppamento di voci quando ciò non pregiudica le finalità del bilancio e può favorirne chiarezza.
- l'eventualità che le voci legislativamente previste debbano essere adattate in considerazione della natura dell'attività.

Si richiede inoltre che per ogni voce venga indicato l'importo della voce corrispondente nell'esercizio precedente.

Sempre ai fini della chiarezza, si dispone che il bilancio deve essere redatto in unità di euro, senza cifre decimali, ad eccezione della nota integrativa, che può essere redatta in migliaia di euro.

Accanto a tali principi generali, assumono un ruolo centrale per la redazione del bilancio i **criteri di valutazione** da adottare per i singoli cespiti. Essi influenzano i risultati del bilancio stesso.

È chiaro così che una scelta volta a favorire sottovalutazioni agevola in sostanza la formazione di riserve occulte ed è in grado di porsi in contrasto con l'interesse dei soci alla distribuzione degli utili.

Al riguardo si pongono pertanto delicate questioni di politica legislativa.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Perciò è comunque presupposto essenziale che la valutazione dei singoli cespiti sia fatta nei successivi bilanci secondo lo stesso criterio. Un confronto tra due situazioni patrimoniali contabili ai fini di determinare l'incremento o il decremento verificatosi nell'esercizio in termini di valore presuppone che il valore dei singoli cespiti sia determinato sulla base dello stesso criterio. Se i criteri sono di volta in volta diversi, ogni confronto diviene impossibile.
È questo il principio della **continuità del bilancio**, che è ora espressamente sancito dalla legge, consentendosi deroghe solo in casi eccezionali.

E questo principio spiega anche perché neppure profonde modificazioni nel valore della moneta possano di regola consentire una rivalutazione delle voci di bilancio. Ciò può avvenire soltanto di delega per l'attuazione delle direttive comunitarie, sulla base di "specifici interventi legislativi". Ma al di fuori di queste leggi, una rivalutazione monetaria non sarebbe possibile perché essa importerebbe una modificazione nel rapporto esistente tra capitale e patrimonio e finirebbe per far apparire come utile di esercizio quel plus valore che deriva soltanto da una diversa valutazione dei beni preesistenti.

Circa la valutazione dei singoli cespiti criterio fondamentale è quello del **prezzo di costo**, a seconda dei casi di produzione o di acquisto; il valore così risultante deve inoltre essere corretto per tener conto del deterioramento materiale od economico del singolo bene o del suo minor valore di mercato.

Questione delicata che si pone al riguardo è quella riguardante la possibilità di intendere il prezzo di costo come un *limite massimo* di valutazione, con la possibilità quindi di ulteriori correzioni nel senso di una sua riduzione, oppure come il valore che *deve* essere indicato.

L'art. 2425 c.c. e il nuovo art 2426 c.c. sembrano adottare accenti diversi, dal momento che:

- Il primo disponeva che i cespiti principali, quelli consistenti nelle immobilizzazioni e nell'attivo circolante, "non possono essere iscritti per un valore superiore al prezzo di costo", e lasciava quindi intendere trattarsi soltanto di un limite massimo di valutazione;
- Il secondo impone direttamente tale valutazione.

Questa diversità di accento spiega l'esplicita accettazione di criteri valutativi altamente discussi nel sistema originario del codice. Così avviene per quanto riguarda i beni fungibili il cui costo può essere calcolato secondo i metodi della media ponderata o con quelli "primo entrato, prima uscito" (il c.d. *fifo)* o "ultimo entrato, primo uscito" (il c.d. *lifo).*
E così avviene soprattutto per le partecipazioni in imprese collegate o controllate che costituiscono immobilizzazioni, con riferimento alle quali è data la scelta tra il criterio del costo e quello del c.d. patrimonio netto, basato cioè sulla quota corrispondente del patrimonio netto risultante dal bilancio delle imprese medesime, eliminati naturalmente i dividendi e gli effetti delle operazioni tra l'impresa partecipante e l'impresa partecipata.

Diversi naturalmente sono i problemi che si pongono in relazione alle voci dell'attivo contabile (**attivo ideale**). Si tratta in proposito della possibilità di iscrivere all'attivo le spese sostenute in un esercizio, ma che presentano utilità pluriennale. Il problema non è quindi di una valutazione, bensì di impedire che tale possibilità si traduca in abusi e soprattutto di limitarne l'utilizzazione in termini coerenti con il ruolo assegnato a siffatte voci: per questo motivo l'avviamento può essere iscritto in bilancio, con il consenso del collegio sindacale, solo in caso di suo acquisto a titolo oneroso, e l'iscrizione all'attivo di tutte le voci di cui si tratta comporta l'obbligo del loro progressivo ammortamento fino alla completa eliminazione.

I bilanci per particolari categorie di imprese

La disciplina generale del codice è suscettibile di essere **derogata** in considerazione delle specifiche esigenze che il legislatore riconosca in determinate categorie di imprese.
Nell'ambito anzi dello stesso codice civile si prevede, con l'art. 2435, un trattamento differenziato a seconda delle **dimensioni** dell'impresa interessata. Si consente cioè la redazione di un bilancio in forma abbreviata per le società che non superino due dei seguenti limiti:

- Totale dell'attivo di 4.400.000 euro;
- Ricavi di 8.800.000 euro;
- 50 dipendenti.

Al **superamento** per due esercizi consecutivi di due dei detti limiti da parte di una società a responsabilità limitata, la legge ricollega l'obbligatorietà della nomina dell'organo di controllo. D'altra parte, le società a responsabilità limitata che non abbiano nominato il collegio sindacale possono redigere il bilancio secondo uno schema semplificato individuato con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le c.d. *micro-imprese*, cioè le società di dimensioni ancora minori (che non superino: totale dell'attivo di 175.000 euro, ricavi di 350.000 euro e 5 dipendenti) sono inoltre esonerate dalla redazione del rendiconto finanziario, come pure della nota integrativa e della relazione sulla gestione, ma, in questi ultimi due casi, a condizione che talune delle relative informazioni siano indicate in calce allo stato patrimoniale.

Per altro verso, la disciplina generale del bilancio non si applica alle **banche e alle società finanziarie**, le quali invece sono adesso sottoposte alla disciplina dettata dal D. Lgs. 18 agosto del 2015 n. 136.
Altro esempio di imprese soggette ad una disciplina speciale del bilancio è rappresentato dalle **società di assicurazione**.

La revisione legale dei conti

Nel sistema originario del codice, il controllo contabile rappresentava per certi versi la principale funzione commessa all'organo di controllo, vale a dire al **collegio sindacale**.
D'altra parte, la specificità di tale forma di controllo, e la rilevanza che essa può presentare nei confronti tanto dei soci quanto dei terzi, ha condotto ad una sua **autonomizzazione** e al suo affidamento a **soggetti esterni**: un'evoluzione la quale è soprattutto avvenuta con riferimento alle società per azioni.
Nelle società a responsabilità limitata la revisione legale dei conti è espressamente annoverata tra le funzioni che l'atto costitutivo può affidare all'organo di controllo o al revisore: l'incarico a svolgere siffatta funzione risulta pertanto in ogni caso **facoltativo**, anche nelle ipotesi in cui la nomina di tali figure assume carattere obbligatorio.
Con riguardo alle società per azioni, il controllo contabile deve essere affidato ad un **revisore legale dei conti** o ad una **società di revisione legale** iscritti nell'apposito registro, ma si distingue tra l'ipotesi in cui tale principio assume un valore imperativo o soltanto dispositivo.

La regola è infatti imperativa quando si tratta:

- Di società a controllo pubblico.
- Di società tenute alla redazione del bilancio consolidato.
- Di quelle denominate come enti di interesse pubblico.

In tutti gli altri casi è invece possibile che tale compito sia svolto dal collegio sindacale, il quale però deve in tal caso essere integralmente composto da revisori legali iscritti nel relativo registro.

L'attività di revisione legale dei conti attiene essenzialmente alla verifica nel corso dell'esercizio della **regolare tenuta della contabilità sociale** e della corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili, e si traduce poi in una **relazione** con la quale viene espresso un **giudizio** sul bilancio e sulla idoneità a rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e il risultato economico dell'esercizio, come pure sulla coerenza della relazione sulla gestione con il medesimo bilancio e sulla sua conformità alle norme di legge, con indicazione degli errori significativi in essa riscontrati e segnalazione delle eventuali incertezze significative relative a eventi o circostanze che potrebbero sollevare dubbi sul mantenimento della continuità aziendale: a tal fine, i soggetti incaricati della revisione possono richiedere agli amministratori documenti e notizie e procedere direttamente ad accertamenti.

La legge disciplina nel dettaglio i possibili esiti della verifica del bilancio: il giudizio sarà **senza rilievi**:

- Quando risulta che il bilancio è conforme alle norme che ne disciplinano la redazione.
- Quando rappresenta in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico dell'esercizio.

La verifica può concludersi invece **con rilievi**, **con un giudizio negativo o con dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio**: in questi casi il revisore deve illustrare nella relazione i motivi della decisione.

Per i **danni derivanti dall'inadempimento** dei loro doveri, i revisori legali e le società di revisione legale sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato, nei confronti della società, dei soci e dei terzi; nello stesso modo e nei medesimi limiti rispondono il responsabile dell'incarico e i dipendenti che hanno collaborato all'attività, cioè in definitiva le persone fisiche che di fatto l'hanno svolta. La prescrizione quinquennale dell'azione di responsabilità decorre dalla data della relazione di revisione emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'incarico di revisione legale dei conti è conferito dalla **assemblea ordinaria**, su proposta motivata dell'organo di controllo, ed ha la durata di tre esercizi, con scadenza alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio dell'incarico, salvo che in relazione agli enti di interesse pubblico e a quelli sottoposti a regime intermedio, per i quali l'incarico ha la durata:

- Di nove esercizi per le società di revisione;
- Di sette esercizi per i revisori legali.

La **prima nomina** avviene nell'atto costitutivo. L'incarico può essere **revocato** solo per giusta causa, sentito il parere dell'organo di controllo: nel caso di ente di interesse pubblico, gli azionisti che rappresentino almeno 1/20 del capitale sociale, l'organo di controllo e la Consob sono legittimati a chiedere al Tribunale la revoca del revisore o della società di revisione legale ove ricorrano gravi motivi.
Il **corrispettivo** spettante al soggetto incaricato della revisione e gli eventuali criteri per il suo adeguamento devono essere determinati, sempre dall'assemblea, per l'intera dura dell'incarico.
Particolare rilievo assume il tema della **indipendenza** e della **obiettività** del **revisore legale**: la sua funzione infatti non soltanto si volge alla tutela degli interessi interni alla società, ma è tale anche da riflettersi su interessi esterni e di portata generale.

Perciò il legislatore è intervenuto sull'argomento ponendo una serie di regole di applicazione generale. Egli:

- Prevede che i soggetti incaricati della revisione non devono essere coinvolti nel processo decisionale della società;
- Impone al revisore legale e alla società di revisione legale l'adozione di tutte le misure ragionevoli per garantire che la sua indipendenza non sia influenzata da alcun conflitto di interesse;
- Esclude la possibilità stessa di effettuare l'incarico in presenza di specifichi rischi derivanti da relazioni in grado di influenzare l'esito della revisione;
- Prevede poi stringenti limiti al possesso di strumenti emessi o garantiti dall'ente sottoposto a revisione, vietando inoltre a costoro il compimento di qualsiasi operazione sugli stessi, ed imponendo a chi detenga strumenti emessi o comunque collegati all'ente o abbia intrattenuto con esso rapporti idonei a determinare una situazione di conflitto di interessi di astenersi dal prendere parte alla revisione e comunque dall'influenzare l'esito;
- Preclude al revisore legale, al responsabile della revisione per conto di una società di revisione, come pure ai soci e ai dipendenti di quest'ultima e a coloro che hanno esercitato attività in suo favore e sotto il suo controllo, la possibilità di rivestire la carica di amministratore nell'ente soggetto a revisione e di eseguire in suo favore prestazioni di lavoro autonomo o subordinato svolgendo funzioni dirigenziali di rilievo.

Spetta al soggetto incaricato della revisione, prima di accettare l'incarico o di proseguirne l'esecuzione, di valutare e documentare il possesso dei requisiti di indipendenza.
Il revisore legale e la società di revisione sono infine tenuti ad adottare una specifica organizzazione tanto della complessiva attività di revisione, quanto del lavoro relativo al singolo incarico:

- Sotto il primo profilo: si prevede l'attivazione di un sistema di controllo interno della qualità;
- Sotto il secondo aspetto, si richiede la formazione di un fascicolo per ciascun incarico.

Formazione e approvazione del bilancio

Il **bilancio** come documento contabile è **atto degli amministratori**. La formazione del bilancio rientra infatti tra le competenze esclusive dell'organo amministrativo.

Ciò risulta direttamente, per quanto riguarda la **società a responsabilità limitata**:

- Dall'art. 2475 c.c., il quale annovera la redazione del progetto di bilancio tra le materie di competenza dell'organo amministrativo.

Per quanto riguarda la **società per azioni**:

- Dall'art. 2423 c.c., il quale prevede che siano gli amministratori a redigere il bilancio;
- Dall'art. 2381 c.c., il quale pone questa attribuzione degli amministratori tra quelle non delegabili;
- Dall'art. 2364 c.c., che attribuisce una posizione di esclusività agli amministratori nel campo ad essi assegnato;
- Dagli artt. 2380 e 2409, i quali dispongono che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori.

È anche da notare che nel codice vigente è previsto che il soggetto incaricato della revisione legale dei conti debba accertare la corrispondenza del bilancio alle risultanze delle scritture contabili ed esprimere con apposita relazione un giudizio sul bilancio e che il collegio sindacale debba riferire sui risultati dell'esercizio e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri e fare le osservazioni e le proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'**approvazione del bilancio** è un **atto di controllo**, e precisamente una condizione perché l'atto degli amministratori acquisti efficacia nell'ambito sociale e possa essere posto a base delle ulteriori determinazioni che la legge ricollega all'accertamento dei risultati dell'esercizio e dei riflessi che in conseguenza si sono determinati nella situazione patrimoniale della società.

- Nella società a responsabilità limitata l'approvazione del bilancio è riservata in ogni caso alla competenza dei soci: non è invece necessariamente richiesta l'adozione del metodo assembleare;
- Nelle società per azioni, che non abbiano adottato il sistema dualistico, l'approvazione del bilancio rientra nelle competenze dell'assemblea ordinaria.

In presenza di un consiglio di sorveglianza invece, l'approvazione del bilancio spetta a tale organo: lo statuto può tuttavia prevedere che la relativa competenza sia attribuita all'assemblea in caso di mancata approvazione del bilancio, o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o di quello di sorveglianza.

Il legislatore prevede una serie di adempimenti volti a consentire un'adeguata informazione sul bilancio sia precedentemente alla sua approvazione da parte dell'assemblea sia successivamente.

Con riferimento **alla prima fase** si dispone che il bilancio dei conti deve essere depositato in copia nella sede della società durante i 15 giorni che precedono l'assemblea convocata per la sua approvazione e deve rimanervi finché il bilancio non sia approvato, e che ogni socio ha diritto di prenderne visione.

Con riferimento **alla seconda fase**, si dispone che il bilancio entro 30 giorni dall'approvazione sia depositato in copia a cura degli amministratori presso il registro delle imprese, insieme con la relazione sulla gestione e con quella del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti e con il verbale di approvazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza.

Il **deposito** può inoltre avvenire mediante trasmissione telematica o su supporto informatico da parte di professionisti incaricati dai legali rappresentanti della società; **i professionisti** attestano che i documenti trasmessi sono conformi agli originali depositati presso la società, la quale è tenuta a depositare gli originali su richiesta del registro delle imprese.

Entro il medesimo termine, le società per azioni non quotate in mercati regolamentati sono tenute a depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese l'elenco dei soci riferito alla data di approvazione del bilancio, con l'indicazione del numero delle azioni possedute e dei titolari di diritti o beneficiari di vincoli sulle azioni.

In questa prospettiva deve essere affrontato il delicato problema delle **conseguenze** che eventuali **vizi** nella sua formazione producono sulla deliberazione di approvazione del bilancio e sulle determinazioni conseguenziali: il che può farsi osservando che il **bilancio**, in quanto atto degli amministratori, rappresenta bensì una fase dell'*iter* procedimentale che si conclude con la delibera di approvazione, ma si pone come atto esterno alla deliberazione medesima. Ne deriva che il vizio della formazione del bilancio riguarda non già il contenuto dell'atto finale, ma l'*iter* procedimentale: con la conseguenza che a trovare applicazione:

- Sarà la disciplina prevista dagli artt. 2377 e 2479 c.c. per l'ipotesi di deliberazioni formatesi sulla base di un procedimento viziato;
- E non quella prevista dagli artt. 2379 e 2479 c.c. in materia di deliberazioni con oggetto illecito.

La soluzione trova conferma considerando le possibili tipologie dei vizi del bilancio, che possono distinguersi a seconda che la rappresentazione della situazione patrimoniale e dei risultati dell'esercizio non sia stata attuata con chiarezza, oppure che la situazione patrimoniale e i risultati dell'esercizio da esso rappresentati non siano veri: a seconda cioè che il bilancio sia *vero,* ma *non chiaro,* o addirittura *falso.*

Nel **primo caso** infatti a venire in considerazione è un'esigenza di informazione dei soci. Il che spiega perché sia possibile richiedere al momento della sua approvazione tutti quei chiarimenti e quelle integrazioni che valgono a renderlo percepibile e valgano a eliminare oscurità e ambiguità.

Quanto al **secondo caso**, nel sistema originario del codice ci si poteva in propositi riferire alla disciplina disposta per l'ipotesi che sulla base di un bilancio falso siano stati fatti emergere utili fittizi ed essi siano stati distribuiti ai soci: in tale caso si prevede la irripetibilità dei dividendi che siano stati riscossi in buona fede dai soci, percepiti cioè ignorando la falsità del bilancio; da essa poteva ricavarsi che, anche nel caso di falsità del bilancio, la invalidità che inficia la deliberazione di approvazione fosse quella prevista nell'art. 2377 c.c..L'irripetibilità dei dividendi percepiti in buona fede dagli azionisti era la diretta applicazione di questo principio. Nella disciplina attualmente vigente tale argomento ha però perso valore, dal momento che la regola che dispone la salvezza dei diritti acquisiti dai terzi si applica anche nell'ipotesi di deliberazione nulla.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Vi è da notare in proposito che:

- Se per un verso la legge espressamente si riferisce alla **nullità** delle deliberazioni di approvazione del bilancio;
- Per un altro verso la rilevanza pratica della questione appare sensibilmente ridimensionata, non soltanto alla luce della circostanza che quella tra nullità e annullabilità rappresenta una distinzione tra regimi di impugnazione, ma anche a fronte dell'introduzione di una specifica disciplina della invalidità della deliberazione dei soci di approvazione del bilancio, che trova applicazione tanto **in caso di nullità** quanto **in quello di annullabilità**.

Al riguardo la legge dispone:

- Per un verso che l'impugnazione non può essere proposta successivamente all'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo;
- Per altro verso che la legittimazione ad impugnare spetta a tanti soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale, precisando che il bilancio dell'esercizio nel corso del quale è stata dichiarata l'invalidità della deliberazione deve tenere conto delle ragioni di quest'ultima.

Approvazione del bilancio e distribuzione degli utili

Il **bilancio** costituisce il documento fondamentale e decisivo per l'accertamento dei risultati dell'attività sociale e su di esso si fondano necessariamente tutti quei provvedimenti che si ricollegano direttamente o indirettamente a tali risultati.

La **distribuzione degli utili ai soci** trova nel bilancio il presupposto necessario e il limite insuperabile; i provvedimenti imposti in caso di perdite del capitale oltre una determinata misura trovano la loro base in corrispondenti risultanze del bilancio.

Per questo l'art .2478-*bis* c.c. stabilisce, in materia di **società a responsabilità limitata**, che la decisione dei soci che approva il bilancio decide sulla distribuzione degli utili.

L'art. 2433 dispone, in materia di società **per azioni**, che la deliberazione sulla distribuzione degli utili ai soci è adottata dall'assemblea che approva il bilancio o, qualora il bilancio sia stato approvato dal consiglio di sorveglianza, dall'assemblea convocata ai sensi dell'art. 2364

Non possono essere pagati dividendi se non per utili realmente conseguiti e risultanti dal bilancio regolarmente approvato.

L'art .2432 c.c. dispone che la partecipazione agli utili eventualmente spettante ai promotori, ai soci e agli amministratori è computata sugli utili netti risultanti dal bilancio, fatta deduzione delle quote di riserva legale.

Utili sono soltanto quegli incrementi patrimoniali verificatisi durante l'esercizio, attraverso la gestione della società, che risultano da un bilancio regolarmente approvato: non è possibile addivenire a ripartizioni di utili, anche se la gestione ha dato nel singolo esercizio un reddito, quando debbano essere colmate le perdite degli esercizi precedenti o fin quando non sia ridotto il capitale sociale.

Soltanto rispetto a questi utili può farsi valere il **diritto** dei promotori, dei soci fondatori, degli amministratori; soltanto dalla parte di utili che risulti dal bilancio, dedotta la quota da attribuirsi alla riserva legale e statuaria e le partecipazioni riconosciute a persone diverse, può essere dall'assemblea disposta a distribuzione a favore dei soci.

La **rilevanza che il bilancio assume rispetto alla distribuzione degli utili** è tale che anche quando gli utili accertati in bilancio siano soltanto fittizi, l'attribuzione degli utili ai soci rimane valida purché questi li abbiano riscossi in buona fede.

Una distribuzione degli utili attuata in violazione degli artt. 2433 e 2478 c.c. è considerata come reato: il reato si estingue se gli utili sono restituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio.

La **distribuzione degli utili**, se trova nel bilancio approvato il suo presupposto e il suo limite, è tuttavia l'effetto di una distinta manifestazione di volontà da parte dei soci: e ciò non solo quando il bilancio sia stato approvato da un organo diverso, ma anche qualora siano stati gli stessi soci ad aver approvato il bilancio. In particolare:

- Nella società per azioni, la distribuzione degli utili deve comunque essere deliberata dalla assemblea ordinaria dei soci;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Nella società a responsabilità limitata tale decisione, analogamente a quella di approvazione del bilancio, pur essendo riservata in ogni caso alla competenza esclusiva dei soci, non richiede necessariamente l'adozione del procedimento assembleare.

Possibile è infatti che gli utili siano ritenuti necessari per esigenze di funzionamento o di sviluppo della società, come forma quindi di **autofinanziamento**; ed è anche possibile che non sia ritenuto possibile o comunque opportuno procedere ad una trasformazione dei cespiti corrispondenti nei mezzi monetari necessari per la loro distribuzione ai soci.
Perciò è possibile che i **soci decidano** a maggioranza, quando ricorrano effettive ragioni di utilità sociale, di **non distribuire gli utili** risultanti dal bilancio. Ciò perché la partecipazione ad una comunione di interessi, finché dura, importa una subordinazione dell'interesse del singolo a quello della collettività: e interesse della collettività è che la distribuzione non pregiudichi la produttività futura dell'impresa.
Rimane chiaro che la subordinazione dell'interesse del singolo sussiste soltanto rispetto ad un effettivo interesse della società e che pertanto soltanto in quelle ipotesi in cui sussistano effettive esigenze della società i soci possono decidere di non distribuire gli utili.

Il diritto del socio agli utili trova la sua fonte nel contratto di società.
All'andamento favorevole di uno o più esercizi potrebbe corrispondere un andamento sfavorevole di altri, così che potrebbe addirittura apparire necessario escludere ogni ripartizione di somme a titolo di utili durante la vita della società.
Tuttavia evidenti ragioni pratiche impongono di non attendere lo scioglimento del rapporto per consentire ai soci la realizzazione di quei vantaggi economici ai quali miravano con la partecipazione alla società: da ciò appunto la suddivisione della vita della società in tanti periodi e la distribuzione periodica degli utili a chiusura dei singoli esercizi.

Gli acconti sui dividendi

Prassi diffusa è quella degli **acconti sui dividendi**. Si mira con esse a sopperire all'esigenza degli investitori di ricevere un reddito a intervalli più brevi di quello annuale e porre quindi l'investimento in azioni in una situazione corrispondente all'investimento in obbligazioni o in titoli di Stato.

Quando l'esercizio è ormai avanzato e gli amministratori sono in grado di prevedere con sufficiente approssimazione i suoi risultati, con deliberazione del consiglio di amministrazione viene disposto un acconto su quei dividendi che saranno distribuiti a chiusura dell'esercizio sulla base del bilancio approvato e della deliberazione dell'assemblea.
Spesso, per consentire la distribuzione di acconti sui dividendi, si crea una apposita riserva. Gli amministratori ne attuano la distribuzione nel corso dell'esercizio: riserva destinata a ricostituirsi alla chiusura dell'esercizio.

In proposito, limitatamente alla società per azioni, l'art. 2433 c.c., eliminando definitivamente ogni dubbio in punto di legittimità di siffatta prassi, pone ad essa una serie di rigorosi **limiti**.
La facoltà di distribuzione di acconti sui dividendi è limitata alle società il cui bilancio è assoggettato per legge a revisione legale dei conti secondo il regime previsto dalle leggi speciali per i cc.dd. "enti di interesse pubblico", quindi in primo luogo alle società con azioni quotate in mercati regolamentati, e presuppone la sua previsione in un'*apposita disposizione statuaria.*
Agli acconti sui dividendi si estendono i principi propri della distribuzione dei dividendi e si prevede che essi non siano ripetibili se i soci li hanno riscossi in buona fede.
La **distribuzione degli acconti** sui dividendi è deliberata dagli **amministratori** dopo il rilascio da parte del revisore legale dei conti di un giudizio positivo sul bilancio dell'esercizio precedente e la sua approvazione. La **distribuzione** non è consentita quando dall'ultimo bilancio approvato risultino perdite relative all'esercizio o a esercizi precedenti. In questo caso gli utili debbono coprire le perdite.
La **distribuzione degli acconti sui dividendi**:

- Deve essere contenuta entro determinati limiti quantitativi*:* l'ammontare degli acconti non può superare la minor somma tra l'importo degli utili conseguiti alla chiusa dell'esercizio precedente e quello delle riserve disponibili;
- Deve attuarsi sulla base di un prospetto contabile e di una relazione sui quali deve essere acquisito il parere del soggetto incaricato della revisione legale dei conti e dai quali risulti che la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società consente la distribuzione stessa.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Titoli di debito, obbligazioni e strumenti finanziari partecipativi

Il finanziamento della società a responsabilità limitata: i titoli di debito

Nel **sistema originario del codice** il ricorso al mercato dei capitali da parte della società a responsabilità limitata risultava radicalmente precluso; e ciò in relazione:

- Sia al mercato del capitale di rischio, dal momento che le partecipazioni sociali non potevano essere rappresentate da azioni;
- Sia a quello del capitale di credito, alla luce del divieto di emissione di obbligazioni.

L'esigenza politica di agevolare l'accesso al mercato dei capitali anche per le imprese di piccole e medie dimensioni ha ora in parte mutato la situazione.

Per quanto riguarda il **capitale di rischio**, permane in principio la regola secondo cui le partecipazioni in tale tipo di società, oltre a non poter essere rappresentate da azioni, non possono nemmeno costituire oggetto di offerta al pubblico.

A tale principio però è consentito derogare nell'ipotesi di start-up *innovative* e di PMI *innovative,* le quali possono inoltre emettere strumenti finanziari forniti anche di diritti amministrativi diversi dal diritto di voto: in tal caso anzi la società può avvalersi di tecniche di c.d. *crowdfunding,* con le quali cioè si utilizzano per la raccolta di capitali portali *online,* gestiti da imprese di investimento, banche e soggetti iscritti in apposito registro tenuto dalla Consob.

Con riferimento invece al **capitale di credito** è ora consentito alle società a responsabilità limitata il ricorso al relativo mercato, seppure nel rispetto di significative cautele previste a tutela degli investitori, attraverso l'emissione di **titoli di debito**.

A tal fine la legge richiede:

- Un'espressa previsione statuaria;
- La necessaria intermediazione di investitori professionali.

La sollecitazione all'investimento mediante emissione di tali titoli, vale a dire la loro offerta in sottoscrizione direttamente al pubblico generalizzato dei risparmiatori, risulta infatti tuttora preclusa alla società, la quale potrà rivolgersi, a tal fine, soltanto al pubblico, qualificato, degli investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale. Questi ultimi potranno collocare, invece, i titoli presso il pubblico dei risparmiatori, ma in tal caso sono costituiti *ex lege* **garanti della solvenza** della società nei confronti dell'acquirente, sempre che si tratti di un risparmiatore tipicamente disinformato.

La previsione di tale **garanzia** si spiega per la particolare rischiosità della operazione e per la conseguente esigenza di una peculiare tutela del risparmiatore.

Rileva in proposito la circostanza che la società a responsabilità limitata ed i titoli da essa emessi non partecipano direttamente al mercato finanziario, non essendo quindi possibile basarsi sulle sue valutazioni in merito all'apprezzamento del grado di rischio che tali titoli comportano ed in definitiva al loro valore.

Logico è perciò che la possibilità di sottoscriverli sia riservata a soggetti che sono autonomamente in grado di compiere tale valutazione; come pure è logico che essi di tale valutazione si assumano la responsabilità nel caso di successivo collocamento dei titoli presso altri, e che non abbiano bisogno di disposizioni imperative per la propria tutela.

Nella stessa prospettiva si spiega l'assenza di una qualsivoglia disciplina legale ed inderogabile della vicenda, la regolamentazione della quale risulta lasciata pressoché integralmente alla autonomia statuaria. Spetta alla disposizione dell'atto costitutivo indicare:

- Se la competenza a decidere l'emissione sia di spettanza dei soci o degli amministratori;
- Gli eventuali limiti all'emissione, come pure le sue modalità.

Le **condizioni del prestito e le modalità del rimborso** sono invece previste nella decisione di emissione, che deve essere iscritta nel registro delle imprese a cura degli amministratori; la medesima decisione può inoltre subordinare la modificazione da parte della società di tali condizioni e modalità al consenso non già di tutti i possessori dei titoli, ma della sola maggioranza di costoro: introducendo, in tal modo, un principio di organizzazione dei titolari di tali strumenti.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il finanziamento delle società per azioni: le obbligazioni e gli strumenti finanziari partecipativi

Nelle società per azioni è invece tipica la possibilità di rivolgersi al mercato per l'apprestamento dei mezzi finanziari necessari per l'esercizio dell'impresa. Ciò è avvenuto con riferimento alle:

- **Azioni**, che possono articolarsi in una gamma indefinita di categorie e che possono quindi attribuire diritti notevolmente diversi ed esprimere un differente modo di partecipazione al rischio dell'attività imprenditoriale della società;
- **Obbligazioni**, che possono attribuire un diritto alla restituzione subordinato alla soddisfazione degli altri creditori, oppure condizionare il pagamento degli interessi anche all'andamento economico della società, ed alle quali sono assimilati, le ipotesi in cui all'andamento economico della società sono condizionati persino i tempi e l'entità del rimborso del capitale.

Si tratta di soluzioni tecniche che servono ad uno **scopo comune**, vale a dire al reperimento dei capitali necessari all'impresa presso il risparmiatore disponibile ad investirli, e che presentano in comune una **caratteristica** di fondo: che con tutte viene offerta al risparmiatore una posizione giuridica di partecipazione, per una frazione, ad un'operazione collettiva, con riflessi allora sulla disciplina dell'operazione medesima e della stessa posizione del singolo.

Esse però presentano dei caratteri distintivi che valgono a definirle su quello giuridico.

- Le **azioni** rappresentano necessariamente una frazione del capitale sociale, sicché sulla loro disciplina inevitabilmente si riflette quella del capitale medesimo,
- Le **obbligazioni** costituiscono una frazione di un'operazione di prestito con la conseguenza che attribuiscono un diritto di credito nei suoi confronti;
- Gli altri **strumenti finanziari** sembrano riguardare un'operazione riconducibile allo schema dell'associazione in partecipazione, caratterizzandosi appunto in quanto si tratta di un'operazione collettiva in cui la posizione dell'associato si fraziona tra coloro che li sottoscrivono.

Il sistema pare così caratterizzarsi in quanto, isolata la posizione dell'investimento azionario in virtù della sua sottoposizione alla disciplina del capitale sociale, assegna a quella delle obbligazioni il ruolo di disciplina generale degli strumenti finanziari non azionari, prevedendo inoltre una disciplina specifica applicabile ad una particolare categoria di strumenti finanziari, vale a dire quelli **partecipativi**, i quali si caratterizzano per la circostanza che ai loro possessori sono riconosciuti diritti non soltanto patrimoniali, ma anche amministrativi.

L'emissione di tali strumenti è subordinata ad una previa disposizione statuaria, come appare logico qualora si consideri che il riconoscimento di diritti amministrativi finisce per comprimere le prerogative spettanti nel medesimo ambito soci: è sempre lo statuto che, oltre a stabilire i diritti che tali strumenti conferiscono, deve disciplinare le condizioni e le modalità di emissione, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.

La legge non indica quali siano i diritti amministrativi di cui siffatti strumenti possono essere dotati, limitandosi da un lato ad escludere espressamente la possibilità di riconoscere ai loro possessori il diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti, e dall'altro a circoscrivere tali diritti, da esercitarsi comunque in una sede diversa dall'assemblea degli azionisti.

L'art. 2376 c.c. prevede che l'assemblea dei possessori degli strumenti finanziari partecipativi deve approvare le deliberazioni dell'assemblea che pregiudicano i diritti amministrativi ad essi spettanti.

Le obbligazioni: nozione e caratteri

Dalla corrispondenza della funzione economica deriva una corrispondenza nei caratteri e nella struttura delle azioni e delle obbligazioni. Anche le **obbligazioni**:

- Costituiscono frazioni di modesta entità e di eguale valore;
- Attribuiscono a tutti i possessori uguali diritti;
- Possono essere rappresentate da titoli circolanti;
- Ad esse sono inoltre connessi determinati poteri in ordine ai fatti che riguardano l'operazione complessiva di prestito, di cui costituiscono una frazione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Vi è pertanto una **organizzazione degli obbligazionisti** che si articola in:

- Un'**assemblea**, che delibera con efficacia vincolante anche per gli assenti e i dissenzienti sulle materie che riguardano l'interesse comune;
- Un **rappresentante comune** che li rappresenta.

Caratteristica essenziale del prestito obbligazionario è infatti quella di creare un gruppo differenziato dai gruppi di azionisti delle varie categorie, ma che pur sempre si realizza ed opera all'interno della società.
Ciò si desume, del resto, chiaramente dal fatto che deve normalmente sussistere un certo rapporto tra:

- Capitale sociale e riserve da un lato;
- Ammontare del prestito obbligazionario dall'altro.

Inoltre, sussistono reciproche interferenze tra le organizzazioni degli azionisti e degli obbligazionisti.
All'**assemblea** degli obbligazionisti e al loro **rappresentante** comune è appunto demandata:

- La tutela collettiva degli obbligazionisti;
- L'esercizio di quei diritti e di quei poteri che non sono inerenti al singolo titolo obbligazionario, ma che dipendono dalla operazione collettiva di prestito nella quale i singoli titoli obbligazionari si inseriscono.

La tutela collettiva degli obbligazionisti integra e non sostituisce la tutela individuale dell'obbligazionista e non impedisce quindi l'esercizio da parte del singolo dei diritti che sono inerenti all'obbligazione.
Tuttavia la comunione di interessi che viene a crearsi tra gli obbligazionisti non manca di reagire sulla posizione del singolo: l'interesse individuale dell'obbligazionista viene ad essere subordinato all'interesse della collettività, con la conseguenza che quei provvedimenti che sono stati presi dagli organi di questa collettività si impongono all'obbligazionista singolo anche quando valgono a limitare o addirittura ad escludere diritti derivanti dal titolo obbligazionario.

L'emissione

L'**emissione di obbligazioni** è prevista soltanto per le società per azioni, ma indubbiamente deve ritenersi ammissibile anche per le società in accomandita per azioni a norma dell'art. 2454 c.c.
La legge pone anzitutto un **limite quantitativo** alla emissione di obbligazioni: in linea di principio non possono emettersi obbligazioni per un ammontare complessivo superiore al doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato.
Tale limite non si applica in una serie di casi:

a) Quando le obbligazioni siano munite di **ipoteca di primo grado** su immobili di proprietà della società, sino a due terzi del valore degli immobili, o sia concessa autorizzazione apposita in considerazione di particolari ragioni di pubblico interesse;
b) Quando si tratti di **obbligazioni** destinate ad essere **quotate** o che danno il diritto di acquisire o di sottoscrivere azioni;
c) Quando le obbligazioni emesse in eccedenza siano destinate alla **sottoscrizione** di investitori soggetti a vigilanza prudenziale, prevedendosi in tal caso che colui che le abbia successivamente trasferite ad un soggetto che non sia investitore professionale risponda della solvenza nei confronti dell'acquirente;
d) Quando l'emissione sia effettuata da parte delle banche.

Di significato è che, salvo i casi in cui il superamento del limite si spiega per l'apposita garanzia fornita oppure per la particolare posizione della società emittente, le due ipotesi che possono consentire tale superamento siano:

- Da un lato quella di emissione da parte di una società quotata;
- Dall'altro quella della sottoscrizione da parte di un investitore particolarmente qualificato, in cui tale valutazione è compiuta appunto da un investitore professionale.

L'emissione delle obbligazioni deve essere **deliberata** dagli **amministratori**: la deliberazione deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata e iscritta nel registro delle imprese secondo la disciplina prevista in materia di modificazioni dello statuto.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In presenza dei **vizi** previsti dall'art. 2379 c.c., l'impugnazione della relativa deliberazione è soggetta al particolare regime dettato dall'art. 2379-*ter* c.c.
L'art. 2420 c.c. dispone che le obbligazioni sono **rimborsabili** gradualmente sulla base di un piano di ammortamento e al rimborso di procede mediante sorteggio, da farsi, sotto pena di nullità, dinanzi al rappresentante comune degli obbligazionisti o ad un notaio.
Il **rapporto** che deve inizialmente sussistere tra capitale e riserve da un lato e ammontare complessivo del prestito obbligazionario dall'altro deve permanere per tutta la durata del prestito, con la conseguenza che il capitale sociale non può essere ridotto e le riserve non possono essere distribuite se rispetto all'ammontare delle obbligazioni ancora in circolazione tale rapporto non risulta più rispettato: l'art. 2413 prevede che in presenza di perdite che rendano obbligatoria la riduzione del capitale sociale o che diminuiscano le riserve, non possono distribuirsi utili fino a quando il rapporto non risulti ristabilito.

L'organizzazione giuridica degli obbligazionisti

La legge prevede una organizzazione giuridica della collettività degli obbligazionisti, creando una organizzazione particolare di gruppo per quanto attiene alla tutela dei comuni interessi. Si prevedono così un'assemblea degli obbligazionisti e un loro rappresentante comune.

A. L'**assemblea** può essere convocata:
   - Dal consiglio di amministrazione, dal consiglio di gestione o dal rappresentante comune quando lo ritengono necessario;
   - Su richiesta di obbligazionisti che rappresentino la ventesima parte delle obbligazioni.

   L'assemblea ha funzione deliberativa in ordine a tutte le materie di interesse comune. In particolare, essa:
   a. Provvede alla nomina e alla revoca del rappresentante comune, nonché alla determinazione del suo compenso;
   b. Delibera sulle modificazioni delle condizioni del prestito, sulla proposta di concordato della società, sulla costituzione di un fondo comune per le spese, nonché sul rendiconto di amministrazione di questo fondo.

   Le deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti sono impugnabili a norma degli artt. 2377 e 2379 c.c., dovendosi calcolare le percentuali previste in tali norme in riferimento all'ammontare del prestito obbligazionario ed alla circostanza che si tratti di obbligazioni quotate, in contraddittorio del rappresentante comune degli obbligazionisti.

B. Il **rappresentante comune degli obbligazionisti** provvede all'esecuzione delle deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti e tutela gli interessi comuni nei rapporti con la società.
C. A tal fine, egli ha la rappresentanza processuale degli obbligazionisti anche nelle procedure concorsuali alle quali la società sia stata assoggettata. Egli deve assistere alle operazioni di sorteggio delle obbligazioni e ha diritto di assistere alle riunioni dell'assemblea dei soci.

   Il rappresentante comune può essere nominato dall'assemblea di questi o dal tribunale, anche fra i non obbligazionisti, fra le persone giuridiche autorizzate all'esercizio dei servizi di investimento e fra le società fiduciarie. Egli dura in carica per un periodo non superiore a tre esercizi sociali ed è rieleggibile. Ha diritto ad un compenso e deve richiedere l'iscrizione della nomina nel registro delle imprese.

L'organizzazione giuridica della collettività degli obbligazionisti costituisce un mezzo per la migliore tutela degli interessi dei singoli obbligazionisti, ma non preclude le azioni individuali di essi, a meno che questi non si pongano in contrasto con le deliberazioni dell'assemblea degli obbligazionisti regolarmente prese e quindi vincolanti per tutti. Cosi l'obbligazionista:

- Non soltanto potrà far valere i diritti che a lui personalmente competono e che non potrebbero trovare tutela nell'azione collettiva;
- Ma può anche far valere individualmente quegli interessi comuni rispetto ai quali l'azione degli organi comuni non sia intervenuta.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le obbligazioni convertibili

Le analogie che sussistono tra azioni e obbligazioni consentono la possibilità di una **conversione delle obbligazioni in azioni**.

Le obbligazioni convertibili in azioni (*convertible bonds*) dato il vantaggio che esse presentano di attribuire al sottoscrittore la possibilità di scelta tra la posizione di creditore e quella di socio, sono regolate dall'art. 2420 c.c.

Le ipotesi che in pratica possono realizzarsi sono sostanzialmente due:

- Quella in cui le obbligazioni sono emesse dalla stessa società le cui azioni sono offerte in conversione. In tal caso, la società delibera l'aumento del capitale sociale per un ammontare corrispondente;
- Quelle in cui le obbligazioni sono emesse da società o ente diversi dalla società le cui azioni sono offerte in conversione. In tal caso, l'aumento di capitale necessario ad apprestare le azioni da offrire in conversione agli obbligazionisti viene sottoscritto dalla società controllante o dall'ente finanziatore che emette le obbligazioni.

In entrambi i casi, il rapporto che si instaura tra società o ente emittente e sottoscrittore delle obbligazioni è un **rapporto di mutuo obbligazionario**, sul quale si innesta una proposta irrevocabile (opzione) della società o dell'ente emittente all'obbligazionista di novazione del rapporto originario:

- Nella prima ipotesi in un rapporto di partecipazione;
- Nella seconda ipotesi in un rapporto di vendita per azioni.

Quando l'obbligazionista accetta la proposta, il rapporto di mutuo obbligazionario si estingue e subentra il rapporto di partecipazione o con la stessa società emittente, o con la società controllata o finanziaria, e da questo momento egli acquista i diritti e i poteri inerenti allo status di socio.

Perciò la legge richiede che si realizzino *ab origine* congiuntamente:

- Sia le condizioni di legge previste per l'emissione delle obbligazioni;
- Sia quelle proprie della emissione di azioni.

Il congegno tecnico è che alla deliberazione di emissione di obbligazioni convertibili, che deve determinare il rapporto di cambio e il periodo e le modalità di conversione, faccia riscontro la contestuale deliberazione di aumento di capitale per un ammontare corrispondente al valore nominale delle azioni da attribuire in conversione.

Proprio per tale ragione, anche la prima deve essere adottata dall'assemblea straordinaria, a meno che lo statuto non abbia attribuito la relativa competenza agli amministratori ai sensi dell'art. 2420 c.c.

- Nel primo mese di ciascun semestre gli amministratori provvedono alla emissione delle azioni spettanti agli obbligazionisti che hanno richiesto la conversione;
- Nel mese successivo depositano per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione dell'aumento del capitale sociale in misura corrispondente al valore nominale delle azioni emesse.

L'emissione delle obbligazioni convertibili non può essere deliberata se il capitale sociale non è stato interamente versato; le obbligazioni convertibili non possono emettersi per somma complessivamente inferiore all'ammontare globale del loro valore nominale e devono essere offerte in opzione agli azionisti.

L'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società fin quando non sia iscritta nel registro delle imprese l'attestazione dell'avvenuta conversione.

Il capitale sociale è aumentato per un ammontare ben determinato fin dall'origine; è soltanto la sottoscrizione delle azioni di nuova emissione che è incerta, dato che essa dipende dalla volontà dei singoli obbligazionisti: non si può sapere *a priori* se l'intero aumento sarà effettivamente sottoscritto.

È chiaro inoltre che l'ipotesi non può intendersi come un fenomeno di compensazione e non richiede quindi un confronto con i dubbi in ordine generale in merito alla compensabilità del debito di conferimento del socio con il debito della società. In realtà il rapporto di mutuo ed il rapporto sociale non coesistono, ma si susseguono, ed il sorgere del secondo rapporto determina la estinzione per novazione del primo.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

D'altra parte il legislatore si è anche occupato di una serie di problemi che possono porsi durante il periodo nel quale la conversione non è ancora consentita, ove si pone l'esigenza di evitare che a seguito di modificazioni dell'assetto societario risulti pregiudicato il contenuto economico del diritto di conversione dell'obbligazionista.
Perciò la legge prevede che:

- In tale periodo la società non possa deliberare né la riduzione volontaria del capitale sociale, né la modificazione delle disposizioni dello statuto che regolano la ripartizione degli utili, senza aver previamente consentito ai possessori di obbligazioni la facoltà di conversione;
- In caso di fusione o di scissione sia riconosciuta analoga facoltà di conversione e in ogni caso, salvo approvazione dell'assemblea degli obbligazionisti, siano riconosciuti ad essi, per l'ipotesi di mancato esercizio di tale facoltà, diritti equivalenti a quelli spettanti prima della fusione o della scissione.

Nell'ipotesi invece di **aumento del capitale a pagamento**, si riconosce il diritto di opzione anche ai possessori di obbligazioni convertibili, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio: analogo diritto spetta a costoro nei confronti delle azioni del socio recedente.
La legge prevede altresì che nei casi di aumento di capitale mediante imputazione di riserve e di riduzione del capitale per perdite, il rapporto di cambio sia modificato in proporzione alla misura dell'aumento o della riduzione.

L'aumento gratuito di capitale è infatti un'operazione che avrebbe giustificato l'attribuzione straordinaria della facoltà di conversione, ma non la modificazione del rapporto di cambio, non essendo dubbio che le riserve hanno un'incidenza sul contenuto economico dell'azione sulla base del quale il rapporto di cambio è stabilito e che quindi l'aumento gratuito deve andare comunque a vantaggio dell'obbligazionista. Diverso è invece il caso di riduzione del capitale sociale per perdite: qui occorre riequilibrare il rapporto di cambio e attribuire per ogni obbligazione o gruppo di obbligazioni un numero di aioni maggiore di quello originariamente fissato.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Modificazioni statuarie

Considerazioni introduttive

Le modificazioni statuarie nelle società di capitali riguardano essenzialmente la struttura e l'organizzazione sociale. Soltanto nelle società in accomandita per azioni ha rilevanza il mutamento della persona dei soci accomandatari.

Le modificazioni statuarie debbono anche essere approvate da tutti i soci accomandatari.

- Nelle società a responsabilità limitata le **modificazioni** dell'atto costitutivo sono in ogni caso riservate alla competenza dei soci, e la relativa decisione deve essere adottata in sede assembleare; l'atto costitutivo può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare il capitale sociale.
- Nelle società per azioni le **modificazioni** dell'atto costitutivo sono in via di principio materia di competenza dell'assemblea straordinaria. La legge stessa prevede che la riduzione obbligatoria del capitale per perdite sia deliberata anche dalla assemblea o dal consiglio di sorveglianza, e consente che lo statuto per una serie di materie deroghi a suddetto principio.

Così può essere delegata agli amministratori la competenza a decidere l'emissione di obbligazioni convertibili e l'aumento del capitale mediante nuovi conferimenti; ovvero si può attribuire alla competenza del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza di gestione:

- L'istituzione o la soppressione di sedi secondarie;
- Il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale;
- L'indicazione degli amministratori forniti del potere di rappresentanza;
- La riduzione del capitale in caso di recesso del socio e gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative;
- Come pure la riduzione obbligatoria del capitale per perdite in presenza di azioni prive di valore nominale.

Il legislatore chiarisce ora che l'**iscrizione nel registro delle imprese** della modificazione statuaria ha una efficacia costitutiva, superando le difficoltà cui dava luogo il silenzio della disciplina originaria.

Ai sensi dell'art. 2436 c.c., la deliberazione di modificazione, da qualunque organo sia stata adottata, deve essere verbalizzata da un notaio il quale ne richiede entro 30 giorni l'iscrizione nel registro delle imprese: l'ufficio del registro, dopo aver proceduto al controllo della regolarità formale della documentazione, provvede all'iscrizione.

Se invece il notaio non ritiene adempiute le condizioni stabilite dalla legge deve comunicare tempestivamente tale circostanza agli amministratori, i quali, nel termine di ulteriori 30 giorni devono, a pena di inefficacia, convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti o rivolgersi al tribunale affinché ordini l'iscrizione nel registro delle imprese con decreto motivato.

La **modificazione** può riguardare:

- L'organizzazione sociale e il funzionamento degli organi sociali;
- Il capitale della società, l'oggetto, il tipo;
- La continuazione della società in un complesso più ampio (**fusione**) o in una pluralità di organizzazioni tra loro distinte (**scissione**) o il trasferimento della sede all'estero.

Fin quando le modificazioni investono la struttura e l'organizzazione della società non può contestarsi il diritto della società di darsi un nuovo ordinamento attraverso i propri organi. Questo pertanto necessariamente si impone ai soci ai quali è soltanto concesso, nelle ipotesi in cui la modificazione è di maggior rilievo, di porsi fuori dell'ordinamento sociale attraverso l'esercizio del **diritto di recesso**.

Sorge invece il dubbio se la modificazione dell'atto costitutivo possa importare direttamente o indirettamente una modificazione nella posizione che il socio ha nella società, e cioè modificare i diritti che sono connessi all'azione o alla partecipazione sociale.

Una questione tradizionalmente ricondotta al tema dei c.d. **diritti individuali**, cioè di quei diritti che spettano al socio come tale e che non potrebbero essere menomati da un atto di volontà della società; e che si pone quando non è espressamente risolta dalla legge, oppure quando è l'essenza stessa della società a far ritenere insopprimibili alcuni diritti del socio.

Il primo caso si ha con riferimento al diritto di recesso, per il quale la legge ne enuncia la insopprimibilità in sede di modificazione statuaria, dichiarando nullo ogni patto che lo escluda o ne renda più gravoso l'esercizio. Il secondo caso riguarda oltre al diritto di impugnazione delle deliberazioni, il diritto agli utili e al risultato della liquidazione.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In sostanza è elemento essenziale della società l'esercizio in comune dell'attività sociale e la ripartizione degli utili; sopprimere pertanto il diritto agli utili significherebbe annullare l'essenza stessa della società e così non è possibile in sede di modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto.

Deve in proposito rilevarsi che, se l'essenza della società non consente l'esclusione di tali diritti, ad essa non contrasta una loro attenuazione o accentuazione rispetto a determinate categorie di soci.
L'atto costitutivo di società a responsabilità limitata può indubbiamente prevedere l'attribuzione ai soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili e lo statuto di società per azioni può creare categorie di azioni fornite di diritti diversi: azioni ordinarie accanto ad azioni privilegiate nel dividendo o azioni a voto limitato o senza diritto di voto.
Sorge quindi il problema se, pur rimanendo ferma l'attribuzione a ciascun socio dei diritti essenziali alla società, possa, in sede di modificazione statuaria, modificarsi la concreta posizione originariamente attribuita al socio all'atto della costituzione della società.
Tale posizione:

- Può essere modificata **indirettamente**, e cioè in quanto siano attribuiti diritti a nuovi soci o a nuove categorie di azioni. In tal caso non vi è mutamento nella posizione giuridica del socio, ma vi può essere un *pregiudizio di mero fatto*, in quanto questa viene a risultare in concreto diversa da quella che era originariamente. Ed in questa ipotesi non sembra che tale pregiudizio di mero fatto possa impedire alla società di deliberare validamente la modificazione dello statuto;
- Può essere modificata **direttamente** in quanto siano mutati i diritti originariamente connessi al socio o alle sue azioni.

Più delicato è il problema se, in sede di modificazione statuaria, possa essere addirittura **direttamente** modificata la posizione giuridica del socio.
Questo problema può essere risolto con il rilevare che essi non possono essere tolti con una deliberazione di maggioranza, dato che, se questo principio fosse valido, nessuna modificazione dell'atto costitutivo dovrebbe essere possibile senza l'unanimità dei consensi.
Al contrario la posizione del socio è una posizione riflessa che si desume dall'ordinamento sociale e, se questo ordinamento può essere modificato con una deliberazione di maggioranza, evidentemente ne deriva che con una deliberazione di maggioranza può essere modificata anche la posizione del socio.
La legge richiede determinate **maggioranze** perché la posizione del socio possa essere modificata; quando la modificazione investe soltanto una determinata categoria di soci, essa richiede che la maggioranza di questi si esprima favorevolmente, ma non assicura al singolo socio una immutabilità della sua posizione originaria, e impone che questa si adegui alle necessità sociali e quindi si modifichi se queste lo esigano e se le esigenze siano riconosciute dalla maggioranza degli interessati.
Naturalmente queste considerazioni:

- Valgono in ordine alla posizione giuridica che alla generalità dei soci o a categorie di essi è fatta dall'atto costitutivo o da sue modificazioni;
- Non valgono in relazione a quei diritti che siano riconosciuti ad uno o più soci *individualmente* in considerazione di particolari motivi.

In questo caso il diritto del socio ha una sua autonoma giustificazione. Tale diritto pertanto non può essere modificato attraverso una modificazione dell'ordinamento sociale. E perciò, nella società a responsabilità limitata, la legge espressamente richiede per la loro modificazione il **consenso unanime** dei soci, facendo tuttavia salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo.
La modificazione investe la posizione di tutti i soci che si trovano in quella situazione, appunto perché la modificazione dipende dalla modificazione dell'ordinamento sociale, e quindi non può riguardare tutti.

- Questo principio altro non rappresenta se non la necessaria incidenza della deliberazione sociale su tutti coloro che dell'ordinamento sociale fanno parte;
- Di fronte a questo principio, la creazione di una situazione di disparità tra i soci importerebbe una situazione di privilegio, la quale non potrebbe essere l'effetto di un atto di volontà sociale.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Modificazioni essenziali e non essenziali. Il diritto di recesso

Le **modificazioni dell'atto costitutivo** possono riguardare elementi diversi. La legge, tuttavia, non si preoccupa di prevederle e regolarle tutte, ma considera soltanto quelle di maggior rilievo. La legge distingue tra:

- **Modificazioni essenziali**, che autorizzano il socio a porsi al di fuori dell'ordinamento sociale attraverso l'esercizio del diritto di recesso;
- **Modificazioni non essenziali**.

L'atto costitutivo delle società a responsabilità limitata o lo statuto delle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio possono considerare essenziali anche ulteriori modificazioni rispetto a quelle previste dalla legge e attribuire il diritto di recesso pure in queste ipotesi.

A. Sono considerate **modificazioni essenziali** in tutte le società di capitali (artt. 2437 e 2473 c.c.):
    a. Il cambiamento dell'oggetto sociale statuario, e cioè l'esercizio di un'attività diversa da quella per la quale la società fu costituita. Per quanto riguarda le società per azioni, la legge precisa che tale modificazione è considerata essenziale solo quando essa consente un cambiamento significativo dell'attività della società;
    b. La trasformazione della società, e cioè il mutamento del tipo originariamente prescelto;
    c. Il trasferimento della sede sociale all'estero, in quanto con ciò la società viene ad essere sottoposta a un ordinamento giuridico diverso;
    d. La revoca dello stato di liquidazione;
    e. L'eliminazione di una o più cause di recesso previste nell'atto costitutivo o nello statuto;
    f. L'introduzione, ammessa tuttavia per le sole società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, o la soppressione di clausole compromissorie.
B. Sono altresì considerate **modificazioni essenziali** nella sola società a responsabilità limitata:
    a. La fusione;
    b. La scissione;
    c. L'esclusione del diritto di sottoscrivere l'aumento di capitale.

    Si tratta di ipotesi che si caratterizzano in quanto modificano gli equilibri interni tra i soci, ed assumono quindi un particolare rilievo nel tipo societario ove essenziale per la decisione se assumere una partecipazione può essere appunto quell'equilibrio.
C. Nelle sole società per azioni, sono considerate **essenziali**:
    a. La variazione dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso;
    b. Le modificazioni delle statuto concernenti i diritto di voto o di partecipazione, la proroga del termine di durata e l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titolo azionari.
D. Sono considerate **essenziali** le deliberazioni adottate da società quotate che comportano l'esclusione della quotazione.

In tutte queste ipotesi, il socio che non ha concorso nell'adozione della deliberazione ha diritto, mediante una sua dichiarazione unilaterale, di porsi fuori della società e di ottenere il rimborso in denaro della quota: il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, perde efficacia se, entro 90 giorni, viene revocata la deliberazione modificativa o viene deliberato lo scioglimento della società.

Il diritto di recesso è riconosciuto anche in occasioni diverse dall'adozione di una modificazione statuaria essenziale.
È questo il caso della società contratta a tempo indeterminato, dalla quale ciascun socio può recedere *ad nutum*, salvo preavviso fissato nel termine di 180 giorni, o nel termine maggiore, ma non superiore ad un anno, determinato dall'atto costitutivo o dallo statuto.
Ed è il caso del compimento, da parte della società a responsabilità limitata, di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale statuario o dell'art. 2468 c.c.
È infine il caso del recesso da parte dei soci di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497.

Il **socio** di società a responsabilità limitata ha diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione al patrimonio sociale, determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

della dichiarazione di recesso: in caso di disaccordo, provvede alla determinazione, tramite relazione giurata, un esperto nominato dal Tribunale.

Il rimborso della partecipazione a favore del socio recedente deve essere eseguito entro 180 giorni dalla dichiarazione di recesso e può avvenire a carico di soci o di terzi, mediante acquisto della partecipazione da parte degli altri soci, proporzionalmente alle rispettive quote, o di un terzo, concordemente individuato dai primi, ovvero a carico della società, mediante impiego delle riserve disponibili o, se esse risultano a tal fine insufficienti, mediante riduzione del capitale sociale, alla quale i creditori sociali sono legittimati ad opporti ai sensi dell'art. 2482 c.c.: ove nemmeno in tal modo risulti possibile addivenire al rimborso, la società si scioglie.

Il socio di società per azioni ha diritto di ottenere la liquidazione delle azioni per le quali ha esercitato il recesso: tali azioni non possono essere cedute e devono restare depositate presso la sede sociale; costui ha infatti diritto di recedere per tutte le proprie azioni o anche, in via di principio, per una parte soltanto di esse: e si parla, in tal caso, di recesso parziale.

Il **valore di liquidazione delle azioni** è determinato diversamente a seconda che si tratti:

- Di **azioni quotate**: in tal caso, esso è calcolato facendo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura del semestre anteriore alla pubblicazione o alla ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea chiamata ad adottare la deliberazione. Lo statuto può tuttavia prevedere che si tenga conto della situazione patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nel qual caso, però, il valore di liquidazione non può risultare inferiore a quello che si avrebbe utilizzando il primo criterio;
- Di **azioni non quotate**: in tal caso il valore delle azioni è individuato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e, ove esistente, del soggetto incaricato ella revisione legale die conti, sulla base della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni. Lo statuto può tuttavia indicare criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, prevedendo opportune rettifiche ai valori risultanti dal bilancio di determinati elementi dell'attivo o del passivo. I soci hanno comunque diritto di conoscere la determinazione del valore di liquidazione del valore delle azioni nei 15 giorni precedenti alla data fissata dall'assemblea: in caso di contestazione, il valore è determinato entro i successivi 90 giorni mediante relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale.

Il procedimento di liquidazione delle azioni al socio recedente presuppone l'offerta delle azioni in opzione agli altri soci da parte degli amministratori, i quali dovranno provvedere al deposito dell'offerta presso il registro delle imprese entro 15 giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione: i soci possono esercitare l'opzione nel termine di almeno 30 giorni dal deposito; sulle azioni rimaste inoptate, hanno diritto di prelazione i soci che, contestualmente all'esercizio dell'opzione, ne abbiano fatto richiesta. Le azioni del socio recedente che non siano state acquistate possono essere collocate dagli amministratori presso terzi: se si tratta di azioni quotate in mercati regolamentati, il collocamento avviene mediante offerta nei mercati medesimi.

Solo nel caso in cui, trascorsi 180 giorni dalla dichiarazione di recesso, il tentativo di collocamento delle azioni presso soci o terzi sia rimasto infruttuoso, il rimborso delle stesse può avvenire a carico della società: quest'ultima è tenuta ad acquistare le azioni del socio recedente mediante l'impiego di riserve disponibili, e ciò anche quando il valore complessivo delle azioni proprie, direttamente o indirettamente possedute, superi il limite del quinto del capitale. In mancanza di utili o di riserve disponibili, si deve procedere alla riduzione del capitale o, in alternativa, allo scioglimento della società: la società si scioglie altresì qualora sia stata accolta l'opposizione dei creditori nei confronti della riduzione del capitale.

La disciplina del diritto di recesso funge anche da paradigma per una serie di ipotesi in cui si realizza l'uscita del socio dalla società. ciò avviene al fine di determinare il prezzo a cui, nel caso di limiti alla circolazione della partecipazione, egli ha diritto di venderla agli altri soci o alla società.

Avviene inoltre nelle ipotesi in cui, sulla base di apposita previsione statuaria, è consentito di estromettere il socio dalla società, come nel caso di azioni riscattabili e di esclusione del socio dalla s.r.l.

Nel caso di **azioni riscattabili**, per le quali cioè lo statuto prevede un potere di riscatto da parte della società o dei soci, e che riguardano l'ipotesi in cui la partecipazione alla società si giustifichi per la situazione personale del socio e per la permanenza della medesima, la legge rinvia alla disciplina del recesso per quanto concerne il prezzo di riscatto.

L'atto costitutivo di società a responsabilità limitata può prevedere specifiche ipotesi di **esclusione** per giusta causa del socio: il conseguente rimborso della partecipazione deve attuarsi appunto secondo la disciplina prevista per il recesso, con la sola comprensibile differenza dell'impossibilità di avvalersi, in tal caso, di una riduzione del capitale.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Modificazioni del capitale sociale: gli aumenti

Una particolare disciplina è dalla legge dettata soltanto per quelle modificazioni che riguardano l'elemento caratteristico delle società di capitali, e cioè il **capitale**.

Le variazioni del capitale sociale:

- Possono corrispondere a una variazione del patrimonio sociale;
- Possono essere determinate dalla necessità di adeguare il capitale sociale al patrimonio esistente.

Vi può quindi essere un aumento di capitale con aumento del patrimonio in conseguenza di nuovi conferimenti o invece un aumento di capitale mediante passaggio a capitale della parte disponibile delle riserve e dei fondi speciali scritti in bilancio, e cioè senza aumento di patrimonio; così come vi può essere una riduzione di capitale mediante riduzione del patrimonio, o invece una riduzione di capitale per perdite, e cioè senza riduzione del patrimonio.

A. L'aumento del capitale **mediante nuovi conferimenti** è consentito quando risponda a necessità effettive della società, e pertanto può essere deliberato soltanto quando i conferimenti assunti all'atto della costituzione o in occasione di precedenti deliberazioni di aumento di capitale sono stati adeguatamente eseguiti.
   Per quanto riguarda la società per azioni, si precisa che gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni in violazione di tale regola restano comunque salvi, ferma restando la responsabilità solidale degli amministratori per i danni arrecati ai soci o ai terzi.
   Valgono, rispetto all'aumento del capitale, le norme poste per la costituzione sia in ordine al versamento del 25% dei conferimenti in denaro, sia in ordine alla garanzia per l'effettiva corrispondenza dei conferimenti in natura e dei crediti alla parte di capitale sottoscritto. Il versamento del 25% anche nelle società per azioni è fatto direttamente alla società.
   La variazione del capitale si attua in conseguenza dell'effettiva sottoscrizione del nuovo capitale. Gli amministratori debbono di conseguenza iscrivere nel registro delle imprese un'attestazione dell'avvenuto aumento del capitale sociale. Soltanto in questo momento il capitale si considera effettivamente aumentato e può essere indicato nel nuovo ammontare negli atti della società.
   Se l'aumento di capitale non è integralmente sottoscritto nel termine indicato nella deliberazione, il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte solo se la deliberazione medesima lo abbia espressamente previsto.
   La sottoscrizione del nuovo capitale spetta anzitutto ai soci: la legge riconosce ai soci di società a responsabilità limitata il **diritto di sottoscrivere** l'aumento di capitale in proporzione alle partecipazioni possedute, e dispone che la decisione di aumento, oltre ad indicare le modalità e i termini entro i quali può essere esercitato il diritto di sottoscrizione e a prevedere l'eventuale soprapprezzo, possa consentire che la parte di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta non solo dagli altri soci, ma anche da terzi.
   Per quanto riguarda le società per azioni, l'art. 2441 c.c. riconosce agli azionisti e agli eventuali possessori di obbligazioni convertibili un **diritto di opzione** sulle azioni di nuova emissione in proporzione al numero di azioni possedute e, nel caso di possessori di obbligazioni convertibili, sulla base di un rapporto di cambio, da esercitarsi in un termine non inferiore a 15 giorni dalla pubblicazione dell'offerta di opzione nel registro delle imprese e da quella contestuale sul sito internet delle società: per le azioni non optate, hanno **diritto di prelazione** gli azionisti i quali hanno esercitato il diritto di opzione e ne abbiano fatto contestuale richiesta; i diritti di opzione, inoltre, devono essere venduti nel mercato regolamentato per conto della società.
   Questo diritto svolge in effetti un duplice ruolo:
   - Sul **piano dei poteri** all'interno della società, in quanto consente con la sottoscrizione dell'aumento di capitale al socio di mantenere la propria posizione proporzionale;

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- In quanto **tutela il valore economico della partecipazione**. Bisogna infatti tener presente che la partecipazione del socio, se è formalmente partecipazione al capitale sociale, deriva il proprio valore economico dalla quota di patrimonio cui essa corrisponde: sicché, non necessariamente coincidendo le due misure, è possibile che la riduzione proporzionale della prima di traduca in una riduzione in termini assoluti della seconda.

È naturale che sia diversa la disciplina dettata per ciascuno di essi:

- Nella **società a responsabilità limitata**, il diritto di sottoscrizione gode di una protezione assoluta. È consentito però che l'atto costitutivo preveda che l'aumento di capitale possa essere attuato anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi: ma in questo caso i soci che non hanno consentito alla decisione possono recedere dalla società. In ogni caso, è comunque impedito che i soci possano vedersi costretti, senza il loro consenso, a rimanere in una società in cui gli equilibri interni risultano alterati rispetto a quelli in origine convenuti.
- Nelle **società per azioni**, l'art. 2441 c.c. dispone invece che il diritto di opzione non spetta per le azioni che secondo la deliberazione di aumento del capitale debbono essere liberate mediante conferimento in natura: in tal caso assume rilievo, e prevale nei confronti di quello dei soci, lo specifico interesse della società ad acquisire un determinato bene che è nella disponibilità di un solo soggetto, e perciò la legge richiede che, in tale ipotesi, con apposita relazione degli amministratori, siano illustrate le ragioni dell'operazione, individuato cioè quello specifico interesse. Dispone inoltre che il diritto di opzione può essere escluso o limitato, oltre che nel caso in cui le azioni siano offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società o di società controllante o controllata, quando l'interesse della società lo esige.

Nelle società quotate, lo statuto può inoltre escludere il diritto di opzione nel limite del 10% del conto capitale preesistente, a condizione che il revisore legale o la società di revisione legale accerti, con apposita relazione, che il prezzo di emissione corrisponda al valore di mercato.

B. Diversa è la situazione che si verifica in caso in cui l'aumento del capitale si attua mediante **passaggio a capitale della parte disponibile delle riserve o dei fondi speciali iscritti in bilancio**, in quanto disponibili.
In questo caso, non si ha nessuna variazione nel patrimonio sociale, e quindi non trovano applicazione le disposizioni dirette ad assicurare l'effettività die conferimenti o che subordinano la possibilità dell'aumento del capitale all'esecuzione dei conferimenti precedentemente assunti.
Il nuovo capitale deve essere ripartito tra i soci in proporzione alla loro partecipazione, il che può avvenire nelle società a responsabilità limitata rimanendo immutata la quota di partecipazione di ciascun socio e nella società per azioni o mediante assegnazione di azioni gratuite o mediante aumento del valore nominale delle azioni possedute.
Nell'ipotesi in cui sussistano diverse categorie di azioni, ciascun socio deve ricevere azioni aventi le stesse caratteristiche di quelle possedute: i possessori di azioni ordinarie riceveranno quindi azioni ordinarie; i possessori di azioni privilegiate riceveranno azioni privilegiate; ecc.
Soltanto su questa base il socio conserva nella società, in relazione al capitale risultante dall'aumento, la posizione che aveva rispetto al capitale preesistente; diversamente la variazione del capitale sociale importerebbe una modificazione nella posizione del singolo socio, che la legge intende invece rimanga intatta.

Le riduzioni

Ad autonoma disciplina sono assoggettate anche:

- La **riduzione del capitale per perdite**;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- La **riduzione del capitale con riduzione di patrimonio** (che importa una diminuzione del patrimonio e, quindi, delle garanzie dei creditori).

Analizziamole nello specifico.

A. La deliberazione di **riduzione del capitale con riduzione del patrimonio** può essere eseguita soltanto dopo 90 giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese, termine entro il quale si concede ai creditori sociali, antecedenti all'iscrizione della deliberazione, il diritto di fare opposizione; per le sole società per azioni, è richiesto inoltre che l'avviso di convocazione dell'assembla indichi le ragioni e le modalità di riduzione.
   L'opposizione sospende l'esecuzione; tuttavia il tribunale, quando siano prestate idonee garanzie, può disporre che l'operazione abbia luogo anche in pendenza del giudizio di opposizione.
   Per effetto della riduzione, il capitale sociale non può essere portato al di sotto del minimo legale proprio del tipo di società prescelto, a meno che contemporaneamente non si addivenga alla trasformazione del tipo di società.
   Altra ipotesi di riduzione del capitale con riduzione del patrimonio si ha nel caso di recesso del socio: nel sistema attuale è stato riconosciuto ai creditori sociali il potere di opporsi anche a tali forme di riduzione, e si è anzi disposto che, quando tale opposizione venga ritenuta fondata dal giudice, la società si scioglie.
B. La **riduzione del capitale sociale per perdite** importa adeguamento del capitale all'effettiva consistenza del patrimonio quale ormai risulta in conseguenza dei risultati negativi dell'attività.
   La riduzione del capitale sociale è obbligatoria quando le perdite abbiano diminuito di oltre 1/3 il capitale sociale e non siano state riassorbite, almeno nella parte necessaria a riportare il capitale sociale ad oltre due terzi dell'ammontare originario, nell'esercizio successivo. In tal caso, gli amministratori sono tenuti a convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti; gli amministratori devono inoltre sottoporre all'assemblea una relazione, con le osservazioni dell'organo di controllo e, nel caso di società a responsabilità limitata, del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti, da depositare in copia nella sede della società negli 8 giorni precedenti alla riunione, nel corso della quale i medesimi amministratori devono dar conto dei fatti di rilievo intervenuti successivamente alla redazione della relazione.
   Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di 1/3, l'assemblea che approva il bilancio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate: in tal caso, nelle società per azioni, la riduzione è deliberata eccezionalmente dall'assemblea ordinaria.
   Se la riduzione non è deliberata, può provvedervi, su richiesta degli amministratori o dell'organo di controllo, il tribunale, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, da iscriversi nel registro delle imprese.
   Se poi in conseguenza della perdita di oltre 1/3 del capitale sociale questo scenda al di sotto del limite legale, deve essere convocata l'assemblea per deliberarne la riduzione e il contemporaneo aumento fino ad una cifra non inferiore al minimo o la trasformazione della società: in mancanza, la società si scioglie.
   L'obbligo di ridurre il capitale per perdite non opera nel periodo che intercorre tra il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti e l'omologazione.

Ipotesi analoghe a quella della riduzione del capitale sociale per perdite si hanno nel caso di:

- Morosità del socio alla quale consegua l'impossibilità di collocamento delle azioni o delle quote del socio moroso;
- Per quanto riguarda le società per azioni, nel caso di ferimento in natura, quando il valore dei beni conferiti risulti inferiore di almeno 1/5 dell'ammontare del capitale sottoscritto.

Anche in questi casi deve farsi luogo a una corrispondente riduzione del capitale sociale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Lo scioglimento

Cause di scioglimento

Ai sensi dell'art. 2484 c.c., la **società di capitali** può sciogliersi:

- Per volontà dei soci;
- Per altre cause previste dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Queste cause sono per lo più le stesse che valgono per le società di persone; la differenza più significativa è che ora il fallimento non è più espressamene considerato come una causa di scioglimento nelle società di capitali, ma solo nelle società di persone.

Vi sono, tuttavia, nelle società di capitali, cause di scioglimento caratteristiche (art. 2484, comma 1, c.c.):

a. La riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, quando non sia disposta la reintegrazione o la trasformazione della società, e salvo quanto previsto dall'art. 182-*sexies* l. fall.;
b. L'accoglimento dell'opposizione dei creditori nei confronti della riduzione del capitale destinata a consentire il rimborso della partecipazione al socio recedente;
c. L'impossibilità di funzionamento o la continuata inattività dell'assemblea.

La volontà dei soci ai fini di determinare lo scioglimento della società si esprime nell'assemblea, attraverso una deliberazione presa con la maggioranza prescritta per le modificazione statuarie, e non anche è necessaria l'unanimità dei consensi.

Effetti dello scioglimento

Nel sistema originario del codice, gli effetti dello scioglimento delle società di capitali erano analoghi a quelli che si verificano nelle società di persone: soltanto che, nelle società di capitali, l'esistenza della persona giuridica poneva ancora più nettamente in luce il distacco tra lo scioglimento della società e il venir meno dell'organizzazione sociale. Questo distacco si è ora accentuato:

- Da un lato, il verificarsi di una causa di scioglimento non comporta più l'automatico scioglimento della società: gli effetti dello scioglimento di producono a partire dalla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con la quale gli amministratori accertano che una causa di scioglimento si è verificata ovvero, nel caso di scioglimento volontario, della relativa deliberazione; la competenza a decidere, accertare e pubblicizzare le cause di scioglimento statuarie è determinata dall'atto costitutivo o dallo statuto;
- Dall'altro, si consente ora espressamente all'assemblea di prevedere, tra gli atti necessaria a conservare il valore dell'impresa, il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo.

In ogni caso, lo scioglimento della società reagisce sull'organizzazione sociale, modificandone lo scopo e limitandone i poteri degli organi.

In conseguenza dello scioglimento della società, i rapporti sociali debbono essere definiti; l'organizzazione giuridica della società rimane con questo limitato scopo.

Nella **gestione della società**, agli amministratori si sostituiscono i liquidatori: per il resto, permane intatta l'organizzazione sociale, ma l'attività di tuti gli organi sociali trova un limite funzionale nella compatibilità con gli scopi della liquidazione.

Tuttavia, rispetto alla posizione dei soci, lo scioglimento della società non rende di per sé attuale, e dunque indisponibile da parte della società, il diritto alla quota di liquidazione: al contrario l'art. 2487-*ter* c.c. riconosce alla maggioranza dei soci il potere di disporre, previa eliminazione della causa di scioglimento, la revoca dello stato di liquidazione, con deliberazione assunta con le maggioranze richieste per le modificazioni statuarie, da iscriversi ai sensi dell'art. 2346 c.c., salvo il riconoscimento del diritto di recesso al socio che non ha concorso alla sua adozione.

La revoca ha effetto solo dopo 60 giorni dall'iscrizione della relativa deliberazione; in tale termine, i creditori possono fare opposizione, salvo il potere del tribunale di autorizzare comunque l'operazione qualora il pericolo di pregiudizio risulti infondato o qualora la società abbia prestato idonea garanzia. Con tali tecniche diviene più agevole la decisione di proseguire l'attività sociale e quindi la conservazione dell'organismo produttivo.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Rispetto agli **amministratori**, il verificarsi di una causa di scioglimento non importa il divieto di intraprendere nuove operazioni, quanto piuttosto una serie di doveri funzionali al corretto svolgersi del procedimenti di liquidazione, a partire da quello di accertare senza indugio l'avvenuto scioglimento e di procedere agli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge: in mancanza, tale accertamento è compito dal tribunale con decreto soggetto ad iscrizione nel registro delle imprese.
Nel periodo che intercorre tra il verificarsi della causa di scioglimento e la consegna ai liquidatori dei documenti contabili, gli amministratori **conservano il potere** di gestire la società, anche se ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, precisando che il superamento di tale limite funzionale comporta, in capo agli amministratori, la normale responsabilità per i danni arrecati alla società, ai soci e ai terzi (art. 2486 c.c.).
Contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento, gli amministratori devono **convocare l'assemblea straordinaria** affinché deliberi, con le maggioranze richieste per le modificazioni statuarie, in ordine:

a. Al numero dei liquidatori e, salvo naturalmente il caso di liquidatore unico, alle regole di funzionamento del collegio;
b. Alla nomina dei liquidatori medesimi, con indicazioni di quelli cui spetta la rappresentanza della società;
c. Ai criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione, ai poteri dei liquidatori e agli atti necessari per la conservazione dell'impresa. Resta ferma la possibilità di modificare in ogni tempo, con le medesime maggioranze, le decisioni assunte in tale sede.

In caso di omissione degli amministratori, alla convocazione dell'assemblea provvede il tribunale, su istanza di singoli soci o amministratori o dei sindaci: se l'assemblea non si costituisce o non delibera, le determinazioni suddette sono adottate, con decreto, dallo stesso tribunale. I liquidatori, anche se nominati dal tribunale, possono essere revocati dall'assemblea con la maggioranza richiesta per la nomina o, quando sussiste una giusta causa, dal tribunale su istanza dei soci, dei sindaci o del pubblico ministero.

La liquidazione

I **liquidatori** devono curare l'iscrizione nel registro delle imprese della loro nomina e dell'indicazione dei loro poteri, comunque siano avvenute, come pure le loro modificazioni: a seguito dell'iscrizione, gli amministratori cessano dalla carica e devono consegnare ai liquidatori:

- I libri sociali;
- Una situazione dei conti alla data in cui la causa di scioglimento è divenuta efficace;
- Un rendiconto sulla loro gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato.

A. Quanto allo **svolgimento della liquidazione**, i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società: purché autorizzati, possono compiere altresì atti finalizzati alla conservazione del valore dell'impresa, ma solo in quanto a tal fine necessari.
I liquidatori di società di capitali, se i fondi disponibili risultano insufficienti per il pagamento dei debiti sociali, possono chiedere proporzionalmente ai soci i versamenti ancora dovuti. Essi possono tuttavia ripartire tea i soci acconti sul risultato della liquidazione, purché dai bilanci risulti che la ripartizione non incide sulla disponibilità di liquidità idonea a permettere l'integrale e tempestiva soddisfazione dei creditori sociali: gli acconti sulla quota di liquidazione sono comunque ripetibili.
I liquidatori devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico: in caso di inosservanza, la loro responsabilità è disciplinata dalle norme dettate in materia di responsabilità degli amministratori.
Anche in fase di liquidazione, il bilancio redatto dai liquidatori deve essere sottoposto, alle scadenze ordinarie, all'approvazione dei soci, precisando tuttavia che a tale bilancio le regole dettate dagli artt. 2423 ss. si applicano solo in quanto compatibili con la natura, le finalità e lo stato della liquidazione.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il primo bilancio di liquidazione deve in particolare indicare le variazioni dei criteri di valutazione adottati rispetto a quelli relativi al bilancio precedente, nonché ragioni e conseguenze di tali variazioni.
Anche il bilancio redatto dai liquidatori è costituito, oltre che dallo stato patrimoniale e dal conto economico, dalla nota integrativa, che deve indicare e motivare i criteri di valutazione adottati, e deve essere corredato da una relazione che illustri l'andamento, le prospettive, anche temporali, della liquidazione, ed i principi e criteri in base ai quali è stata scolta, come pure le ragioni e le prospettive della continuazione dell'attività (qualora sia prevista).

B. Diversamente regolata è pure la **chiusura della liquidazione**. In conseguenza della personalità giuridica della società, i rapporti sociali non si pongono direttamente tra i soci, ma tra socio e società. Dalla titolarità della società si passa direttamente alla titolarità dei singoli soci.
In conseguenza di ciò, compiuta la liquidazione, i liquidatori debbono redigere il bilancio finale e indicare la parte dell'attivo residuo spettante a ciascun socio o a ciascuna azione.
Il bilancio deve essere sottoscritto dai liquidatori e, accompagnato dalla relazione dei sindaci e del soggetto incaricato di effettuare le revisione legale dei conti, va depositato presso l'ufficio del registro delle imprese.
Contro di esso può essere proposto reclamo da ciascun socio, nei 90 giorni dall'iscrizione dell'avvenuto deposito, dinanzi al tribunale e in contraddittorio dei liquidatori. Tutti i reclami vengono decisi con un'unica sentenza, la quale fa stato anche nei confronti dei non intervenuti.
Decorsi i 90 giorni senza che sia stato proposto reclamo o quando, indipendentemente dal decorso del termine, sia stata riscossa senza riserve la somma attribuita al singolo socio, il bilancio si intende approvato e i liquidatori sono liberati, salvo per quanto riguarda l'obbligo di distribuzione ai soci dell'attivo.
Le somme eventualmente non riscosse vengono depositate presso una banca a favore dei soci nominativamente indicati o a favore delle azioni, numericamente indicate, se si tratta di azioni al portatore.

La cancellazione

Approvato il bilancio di liquidazione, la società deve, su richiesta dei liquidatori, essere **cancellata dal registro delle imprese**, presso il quale devono inoltre essere depositati e conservati per 10 anni i libri sociali, a disposizione di chiunque intenda consultarli.
Con la **cancellazione** dal registro delle imprese:

- La società è definitivamente cessata;
- La persona giuridica è estinta;
- I creditori eventualmente insoddisfatti possono far valere i crediti nei confronti dei liquidatori.

La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società.
Deve ritenersi ormai superata la tendenza giurisprudenziale secondo la quale non vi sarebbe estinzione della società fin quando vi siano rapporti da definire, con la conseguenza di ammettere, quando risultassero nuove passività o nuove attività, non soltanto la riapertura della liquidazione, su istanza degli interessati, ma anche la dichiarazione di fallimento della società cancellata entro l'anno successivo all'estinzione dell'ultima passività.
Dopo la cancellazione, non è possibile una reviviscenza della società e una riapertura del procedimento di liquidazione né per il caso di sopravvenienze passive, né per quello di sopravvenienze attive:

a. Per le **sopravvenienze passive**, i crediti nei confronti della società debbono esser fatti valere nei confronti dei soci ed eventualmente del liquidatore. Non può pertanto l'interprete sostituire al regolamento legale un diverso regolamento.
Non sembra possibile fare una distinzione tra:
   - Sopravvenienze (passività la cui esistenza non era conosciuta al momento della cancellazione);
   - Passività note o che potevano esserlo con l'ordinaria diligenza (c.d. sopravvenienze).
b. Per le **sopravvenienze attive**, ipotesi questa legislativamente non regolata, neppure sussiste la necessità di una reviviscenza della società; sarà sufficiente dimostrare il proprio diritto alla devoluzione *pro quota* del patrimonio della società estinta per agire, sempre *pro quota*, nei confronti del debitore della società.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le società con azioni quotate in mercati regolamentati

Considerazioni introduttive

Il sistema attuale, pur continuando a considerare la **società per azioni** come un tipo unitario, conosce una distinzione tra:

- Le società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (**società c.d. aperte**);
- Quelle che non fanno ricorso al mercato del capitare di rischio (**società c.d. chiuse**).

Ancorché la legge annoveri tra le società aperte quelle con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante, non è dubbio che la disciplina delle società aperte trovi applicazione essenzialmente alle società quotate. La centralità delle società con azioni quotate, non si coglie solo sul piano statistico, ma si ricava da considerazioni di tipo storico e sistematico.

- Per un verso, gran parte dell'attuale disciplina delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio deriva da disposizioni in materia di società quotate che, prima della riforma, erano contenute in leggi speciali. Sicché l'intervento del legislatore si è risolto nell'estensione di tali regole alle società con azioni diffuse e nel loro inserimento nel sistema del codice;
- Per un altro verso, le società quotate continuano ad essere sottoposte, oltre che alla disciplina codicistica delle società per azioni, ad una disciplina speciale loro riservata: la prima, anzi, trova applicazione alle società quotate solo "*in quanto non sia diversamente disposto da altre norme*" del codice civile o di leggi speciali.

Gli interessi rilevanti

La distinzione tra società aperte e società chiuse si spiega in quanto da tempo si è determinato un processo di differenziazione tra due strutture organizzative che sono entrambe riscontabili nella realtà. Questo processo di differenziazione non è soltanto in funzione delle dimensioni della società o dell'impresa sociale, ma è soprattutto in funzione del modo in cui la società si procura il capitale di rischio e in funzione del fatto che le azioni siano o meno quotate in mercato. In tal caso, la partecipazione azionaria, oltre che rappresentare un mezzo per partecipare ad una iniziativa imprenditoriale, può rappresentare un mezzo di investimento del risparmio, che consente:

- Da un lato la conservazione del valore capitale e una remunerazione adeguata;
- Dall'altro la possibilità di monetizzare in qualsiasi momento l'investimento attraverso la vendita delle azioni sul mercato.

Al tempo stesso, conseguenza di ciò è una polverizzazione del capitale sociale. Da essa deriva:

- La possibilità che il controllo della società possa essere esercitato da gruppi di azionisti i quali come partecipazione azionaria rappresentano una minoranza spesso addirittura esigua;
- La differenziazione nell'ambito della società di due categorie di azionisti:
    - I cc.dd. **azionisti imprenditori**, che partecipano alla società per realizzare un'iniziativa economica e che si preoccupano della gestione dell'impresa;
    - I cc.dd. **azionisti risparmiatori**, che si preoccupano esclusivamente del proficuo investimento dei loro risparmi e dei risultati economici della gestione, alla quale peraltro, sia per la loro incompetenza sia per la limitatezza della loro partecipazione, non potrebbero contribuire efficacemente.

Proprio la circostanza che, da un punto di vista empirico, la partecipazione può rappresentare soprattutto un mezzo di investimento e che il mercato funge anche da strumento che consente di monetizzare in qualsiasi momento l'investimento stesso, permette di osservare come tale strumento costituisca un aspetto essenziale dell'equilibrio di interessi e come il suo funzionamento e le relative modalità assumano un notevole rilievo anche sul piano del diritto societario.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Gli azionisti di società con azioni quotate nei mercati regolamentati che non hanno concorso alla deliberazione che comporta l'esclusione della quotazione hanno diritto di recedere: in tal modo la essenzialità della quotazione in borsa per l'assetto di interessi societario viene ad assumere una rilevanza tale da far riconoscere quel diritto di recesso che in via di principio il sistema ammette per le sole modificazioni organizzative essenziali; e che, per quanto riguarda le azioni quotate, il valore da liquidare al socio recedente viene calcolato avendo in principio riguardo alla loro quotazione.

Si tratta di una situazione in cui:

- Le regole e i modi di essere del mercato ove le azioni sono quotate e negoziate vengono a porsi all'interno stesso dell'assetto di interessi societario e valgono a caratterizzarne gli equilibri;
- La disciplina della società si riflette pure sul funzionamento di quel mercato e può giungere a condizionarne l'operatività.

Ciò spiega una serie notevolmente ampia di interrelazioni tra le due discipline. In particolare:

a) In taluni casi le tecniche del mercato vengono utilizzare per risolvere problemi di diritto societario, come accade con la previsione che gli acquisti di azioni proprie da parte delle società con azioni quotate "devono essere effettuati *in modo da assicurare la parità di trattamento tra gli azionisti"*.
b) In altri casi le caratteristiche di quel mercato si inseriscono direttamente all'interno dei rapporti societari e valgono a specificarne il concreto contenuto, come avviene nel caso di società quotata a tempo indeterminato, ove non si riconosce al socio il diritto di recesso *ad nutum,* come pure con la disposizione la quale stabilisce che gli emittenti "assicurano il medesimo trattamento a tutti i portatori degli strumenti finanziari quotati che si trovino in identiche condizioni, o ancora con la regola secondo cui, in caso di società quotate, il termine per l'esercizio del diritto di opzione è ridotto della metà: regole volta in definitiva ad impedire che l'azionista speculi contro la società;
c) In ulteriori ipotesi la consistenza degli interessi coinvolti giustifica soluzioni ispirate a rafforzare talune istanze, come quella volta a conferire stabilità a determinate operazioni finanziarie, o ad incrementare gli strumenti per fronteggiare situazioni di gravi irregolarità nella gestione della società, e con essi le possibilità di una loro eliminazione.

Da ciò l'esigenza di una **disciplina differenziata** per le società con azioni quotate e alcune sue caratteristiche. Si tratta:

- Del peculiare rilievo che in esse assume l'accennata distinzione tra azionisti imprenditori e azionisti risparmiatori: da ciò il problema per il legislatore se e come elaborare specifici mezzi di tutela per i secondi;
- Di prevedere forme di controllo pubblico, le quali si traducono anche in una tutela degli azionisti, essendo con tali società coinvolti interessi nel contempo degli azionisti e del mercato;
- Di soddisfare le esigenze che muovono nel senso di una trasparenza degli assetti di questo secondo, soprattutto naturalmente per quanto riguarda il gruppo di comando;
- Di disporre misure volte a salvaguardare il valore economico dell'investimento azionario, a impedire cioè che i comportamenti stessi nel mercato si traducano o possano tradursi in un pregiudizio comparativo degli azionisti di minoranza rispetto a quelli di controllo.

I diritti degli azionisti. Le azioni di risparmio

Si è appena sottolineata la stretta correlazione che per le società quotate sussiste tra:

- Funzionamento del mercato;
- Loro organizzazione interna.

Essa risulta dalla circostanza che per l'investitore l'interesse si puntualizza fondamentalmente sul **valore** dell'investimento, e che questo consegue ad una valutazione sia dell'andamento economico della società sia della sua struttura organizzativa e delle garanzie che è in grado di offrire agli azionisti.

Per altro verso, il mercato è anche il luogo ove le diverse iniziative imprenditoriali competono nella ricerca dei capitali: una competizione che si fonda soprattutto sul valore che riescono ad esprimere, da cui deriva la loro forza di attrazione per gli investitori.

Da ciò una fondamentale alternativa che nell'attuale momento caratterizza il dibattito, anche internazionale, sul tema usualmente indicato come ***corporate governance*** delle società quotate. Si ritiene:

- Da un lato, pure alla luce della globalizzazione del mercato dei capitali, che sia ormai impropria la tradizione scelta da parte dell'ordinamento di imporre autoritativamente regole imperative di

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

tutela degli azionisti: meglio sarebbe invece ampliare gli spazi per l'autonomia statuaria, in modo da consentire il più ampio dispiegarsi di quella competizione;

- Dall'altro lato, che la rilevanza e la delicatezza degli interessi coinvolti non consenta di affidarsi semplicemente alla "mano invisibile" del mercato: sarebbe anzi necessario un intervento dell'ordinamento volto almeno a definire le garanzie minime per gli investitori.

È del resto nel quadro di questa ricerca di un equilibrio tra esigenze di autonomia e domanda di tutela che si spiega il ruolo sempre più incisivo riconosciuto *ai codici di comportamento* elaborati da società di gestione dei mercati e da associazioni di categoria degli operatori. La legge:

- Richiede che essi siano resi noti al pubblico;
- Impone alla società quotata che vi abbia aderito di fornire adeguata informazione al riguardo, motivando le ragioni della mancata adesione a loro singole disposizioni.

Per quanto riguarda le **norme direttamente poste dalla legge**, la scelta del nostro legislatore è stata in certo qual modo di compromesso: essa si è orientata essenzialmente nel secondo, pur non senza aperture nella prima direzione.

A. Significativo in primo luogo che si siano adottate soluzioni legislative volte a rendere più agevole l'esercizio di poteri di intervento nella vita della società sul presupposto che la passività degli azionisti riscontrabile nella realtà non dipenda soltanto da fatti strutturali: una prospettiva il cui realismo deve essere valutato tenendo conto che l'ipotesi del diretto investimento da parte del singolo risparmiatore è sempre più rara e sempre più rilevante la mediazione da parte dei cc.dd. **investitori istituzionali**, rispetto ai quali, in effetti, proprio per le dimensioni dell'investimento gestito, il presupposto stesso di quella passività si pone quanto meno in termini diversi.
   La disciplina delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio prevede infatti una generalizzata riduzione della partecipazione richiesta per l'esercizio da parte della minoranza di taluni diritti amministrativi.

   Ciò avviene per quanto riguarda:

   a) L'impugnazione delle deliberazioni assembleari *ex* art. 2377 c.c., ove la percentuale a tal fine richiesta si riduce dal cinque per cento all'uno per mille del capitale sociale;
   b) L'esercizio della azione sociale di responsabilità da parte dei soci *ex* art. 2393-*bis* c.c.: la relativa percentuale si riduce da un quinto ad un quarantesimo del capitale sociale, al pari di quanto accade in ordine alla percentuale dei soci il cui voto contrario è in grado di *impedire la rinunzia o la transazione* alla azione sociale di responsabilità, da chiunque proposta;
   c) Il potere di vincolare il collegio sindacale ad *indagare* a seguito della denuncia *ex* art. 2408 c.c. e quello di *proporre denuncia al tribunale* ai sensi dell'art. 2409 c.c., per i quali si richiede una percentuale pari al cinquantesimo, e non al ventesimo.
   d) La richiesta di *convocazione* dell'assemblea, che può essere avanzata da un ventesimo del capitale per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, invece del decimo previsto per tutte le altre.

   Le caratteristiche del mercato possono rappresentare un ostacolo a scelte statuarie volte a dare rilevanza a coloro che ne risultano titolari, o che addirittura presuppongono che la identità di costoro sia nota alla società. Si comprende, allora, la ragione per la quale le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non possono introdurre forme personalizzate di convocazione dell'assemblea, quale in particolare la comunicazione dell'avviso ai singoli soci.
   È anche da notare che questo rafforzamento dei mezzi di tutela degli azionisti non esclude che pure a tale riguardo l'**autonomia statuaria** possa svolgere un ruolo nell'accennata competizione delle società per attirare il risparmio degli investitori: gli artt. 2377, 2393, 2393-*bis,* 2408 e 2409 c.c. consentono infatti che gli statuti attribuiscano i relativi diritti anche a quote di partecipazione inferiori a quelle individuate dalla legge.

B. Non vi è dubbio comunque che la competizione delle società sul mercato dei capitali si esplica soprattutto con riferimento ai **diritti patrimoniali** offerti agli azionisti: sono essi che interessano il risparmiatore che non intende e non può partecipare alla gestione della società. Può quindi essere opportuno consentire un ampio spazio agli statuti degli emittenti nella definizione delle

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

categorie di azioni e dei diritti, specie quelli patrimoniali, da esse conferita: così si spiega l'evoluzione legislativa in tema di azioni di risparmio.

Tale evoluzione è iniziata quando la legge n.216 del 1974 ha consentito per le società quotate l'emissione di azioni del tutto *prive del diritto di voto,* non soltanto nelle assemblee ordinarie, ma anche in quelle straordinarie, prevedendo per esse specifici privilegi sia in ordine alla ripartizione degli utili e della quota di liquidazione, sia in ordine alla sopportazione delle perdite.

Attualmente la legge dispone che "*l'atto costitutivo determina il contenuto del privilegio, le condizioni, i limiti, le modalità e i termini per il suo esercizio*". Essendo stata estesa a tutte le società per azioni la possibilità di emettere azioni prive di diritto di voto, la specificità delle azioni emesse da società quotate si riduce fondamentalmente a due aspetti:

- Il regime di circolazione, che può essere anche al portatore;
- La previsione di una particolare **organizzazione di categoria** ricalcata su quella degli obbligazionisti, in quanto si struttura attraverso la previsione di un'assemblea speciale e di un rappresentante comune.

L'utilizzazione delle azioni di risparmio è riservata esclusivamente alle società quotate, con le quali soltanto viene ritenuto compatibile l'equilibrio di interessi che si esprime in tale categoria azionaria. Necessaria è anzi a tal fine la **quotazione delle azioni ordinarie**. Ciò implica l'esigenza:

- Di un facile disinvestimento;
- Della possibilità per il risparmiatore di acquistare sul mercato azioni idonee a conferirgli anche una posizione di potere nella società.

D'altra parte, al fine di assicurare l'equilibrio dell'assetto organizzativo e finanziario interno alla società, viene posta una **soglia quantitativa** per il rapporto tra le azioni di risparmio e le altre azioni: le prime, sommate alle azioni a voto limitato, non possono superare la metà del capitale sociale. Sicché qualora in conseguenza di perdite la parte del capitale sociale si sia ridotta al di sotto di tale rapporto, quest'ultimo deve essere ripristinato nel termine di due anni o di sei mesi ed in mancanza la società si scioglie.

La durata dell'investimento azionario

Significative sono le discipline della **maggioranza del dividendo** e della **maggiorazione del voto**, con le quali si consente di distinguere, in particolare per quanto riguarda i *dividendi* e il *diritto di voto*, sulla base della durata dell'investimento azionario (e quindi del suo carattere speculativo o durevole).
Si tratta di soluzioni le quali svolgono in effetti funzioni ben diverse, fra loro quasi speculari:

- La **maggiorazione del dividendo** persegue la finalità di privilegiare i piccoli risparmiatori;
- La **maggiorazione del voto** invece quella di rafforzare la posizione di potere di chi partecipa alla società con obiettivi imprenditoriali.

Per **la maggiorazione del dividendo**, ma non per quella del voto, la legge pone espliciti limiti:

- La maggiorazione, in misura non superiore al dieci per cento del dividendo attribuito alle altre azioni, è circoscritta a quelle possedute per un periodo continuativo non inferiore ad un anno che complessivamente non superino il cinque per mille del capitale sociale e che non siano detenute da chi, anche congiuntamente con altri soci, abbia esercitato un'influenza dominante o notevole nella società;
- Si esclude che essa possa essere attribuita alle azioni con cui si sia partecipato ad un patto parasociale che abbia coinvolto una partecipazione complessiva superiore al 30% del capitale sociale. Sicché il privilegio è concretamente riservato *ai piccoli azionisti-risparmiatori*, ed in particolare a quelli di essi che hanno inteso effettuare un investimento di lungo periodo, ad esclusione perciò:
  - Non soltanto di coloro i quali esprimono finalità imprenditoriali.
  - Ma anche di quelli tra i piccoli risparmiatori che ricercano un guadagno mediante il *trading* di mercato.

Nel caso invece di **maggiorazione del voto**, la legge si limita a richiedere che le azioni siano possedute continuativamente per almeno due anni e che la maggiorazione sia al massimo di due voti. L'obiettivo di fornire uno strumento per consolidare posizioni di potere preesistenti è reso esplicito dalla possibilità di introdurre nello statuto la relativa clausola nel corso del procedimento di quotazione e computando anche il possesso inferiore: in tal modo si consente di superare il timore di veder ridotto il potere proprio o della propria famiglia nella società.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Significativo è comunque che con entrambe le soluzioni si adotta un approccio che assegna rilievo non più ad una considerazione *oggettiva delle azioni* e dei diritti che esse attribuiscono, bensì a quella **soggettiva dell'azionista***:* il beneficio viene infatti perso in caso di cessione dell'azione.
Perciò si esclude espressamente la possibilità di qualificare le azioni cui si applica la maggiorazione del dividendo o del diritto di voto in termini di categoria speciale di azioni: ad attribuire questo beneficio non è l'azione di per sé, ma la circostanza di essere detenuta da un azionista per il tempo definito.
È comprensibile, poiché della clausola tutti gli azionisti possono ugualmente avvalersi, che in entrambi i casi la sua introduzione non consenta il diritto di recesso. Essa, di per sé e formalmente, non altera gli equilibri interni alla società, dipendendo poi tale alterazione dalle scelte **individuali** dei singoli azionisti.

Il risultato è che, in sede di esercizio di diritti importanti come quelli alla percezione dei dividendi e al voto, assumono rilievo vicende *personali degli azionisti:* la misura dei dividendi o il peso concreto del voto finiscono anzi per dipendere dalla durata non solo dell'investimento proprio, ma anche di quello altrui, con l'esito che al consueto criterio, oggettivo, di proporzionalità si aggiunge l'altro dei reciproci rapporti tra gli azionisti in relazione alle caratteristiche temporali del loro investimento, con una penalizzazione in definitiva di quello speculativo a breve termine.

Da ciò, inoltre, una serie di problemi tecnici, in particolare quello delle modalità con cui deve essere accertata la **spettanza del diritto maggioritario**: un problema che il legislatore vuole affrontare riguardo al voto richiedendo la formazione di un apposito elenco da tenere secondo le modalità stabilite con regolamento della Consob.

L'assemblea e le deleghe di voto

La disciplina delle società quotate pone specifici problemi a causa della polverizzazione del capitale sociale e del conseguente assenteismo degli azionisti. Da ciò è sorta una dialettica tra:

- L'esigenza di incentivare la loro partecipazione alla vita della società, assieme all'assemblea;
- L'esigenza di assicurare nella maggior misura possibile la funzionalità di essa.

Si tratta del resto di esigenze le quali, pur soprattutto rilevanti per le società quotate, possono con diverse gradazioni presentarsi anche per la più ampia categoria delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, e persino per tutte le società per azioni.

Ciò per esempio è avvenuto estendendo alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio:

- La previsione di *quorum* costitutivi e deliberativi *ridotti* per l'assemblea straordinaria.
- La possibilità di prevedere statutariamente una *convocazione unica*, di rendere cioè immediatamente operativi i *quorum* ordinariamente richiesti per le convocazioni successive alla prima.

A tutte le società per azioni è stata invece estesa la possibilità di esprimere il voto per corrispondenza, e poi anche in via elettronica, rimanendo la peculiarità che, per quanto concerne le società quotate, opera in proposito il potere regolamentare della Consob, come pure quella che lo statuto introduca l'eventualità di *convocazioni successive alla seconda.*

Si prevedono, inoltre, specifiche regole riguardo allo **svolgimento dell'assemblea** delle società quotate, in parte estese a quelle con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante, e che riguardano:

a) Le **modalità di convocazione**, cioè lo svolgimento di una fase che potrebbe definirsi pre-assembleare, e che si ispirano alla finalità di agevolare e rendere il più possibile consapevole l'esercizio del diritto di voto.

   In particolare:

   1. Si riconosce il potere di convocare l'assemblea anche ad almeno due membri del collegio sindacale e del consiglio di sorveglianza.
   2. Si estende il termine che, ai sensi dell'art. 2366 c.c., deve intercorrere tra la pubblicazione dell'avviso di convocazione e la data dell'assemblea, da 15 giorni a 30, o a 40 per l'assemblea convocata per la nomina dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, termine ridotto in considerazione di specifici argomenti.
   3. Si richiede inoltre che l'avviso di convocazione sia pubblicato sul sito *internet* al fine non soltanto di portare a conoscenza della massa degli azionisti i dati e i documenti necessari per rendere consapevole la loro partecipazione, ma anche di permettere a costoro l'esercizio di determinate prerogative.

b) La **fase intercorrente tra la pubblicazione dell'avviso di convocazione e la data fissata per lo svolgimento dell'assemblea**, anche essa pre-assembleare, al fine di rendere possibile una sorta di dialettica tra gli azionisti e la società, in concreto i suoi organi amministrativi.

   Aspetti salienti al riguardo sono:

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

1. Il dovere degli amministratori a mettere a disposizione del pubblico una relazione su ciascuna delle materie all'ordine del giorno entro il termine di pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea.
2. Il potere di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea, con domande, presentate anche per iscritto, pure per corrispondenza o in via elettronica, da proporre entro dieci o cinque giorni dalla pubblicazione dell'avviso di convocazione.
3. Il diritto dei soci di porre domande anche prima dell'assemblea sulle materie all'ordine del giorno, alle quali deve rispondersi al più tardi durante la stessa, salvo che le informazioni richieste non siano già rese disponibili in apposita sezione del sito *internet* della società.

c) La **partecipazione all'assemblea** e segnatamente la **legittimazione all'intervento e al voto**, la rappresentanza e la previsione di tecniche specifiche come la sollecitazione e raccolta delle deleghe di voto, nell'ambito di una tendenza dell'ordinamento che rileva la finalità di rendere più agevole e meno costosa l'espressione del voto del socio.

A. La legge detta un'apposita disciplina in ordine alla **legittimazione** dell'azionista relativa all'esercizio del diritto di intervento e di quello di voto in ordine alle azioni ammesse al sistema di gestione accentrato, che si affianca a quella prevista dal codice civile.
Al riguardo l'art. 86 *sexies* t.u.b. distingue a seconda che si tratti di assemblee di portatori di strumenti finanziari ammessi o non ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati.
   - Nel secondo caso si adotta una soluzione corrispondente a quella dell'art. 2370 c.c.: lo statuto può richiedere che le azioni siano registrate nel conto dell'azionista a partire da un termine prestabilito, eventualmente prevedendo la loro incedibilità fino alla chiusura dell'assemblea;
   - Nel primo caso la soluzione è ispirata alla tecnica del c.d. *record date*: la comunicazione dell'intermediario che legittima a partecipare all'assemblea viene effettuata sulla base delle evidenze dei conti di pertinenza del titolare relative al termine della giornata contabile del settimo giorno di mercato aperto precedente la data fissata per l'assemblea. I trasferimenti successivi non rilevano ai fini della legittimazione all'esercizio del diritto di voto.

     Ne risulta perciò una scelta la quale elimina i costi che potrebbero derivare da una loro seppur temporanea immobilizzazione, ma implica l'eventualità che partecipi alla votazione chi non è più azionista e che non possa parteciparvi chi al momento dell'assemblea è già divenuto tale. Perciò, espressamente si dispone che chi ha acquistato le azioni nell'intervallo temporale tra la *record date* e l'apertura dei lavori dell'assemblea deve considerarsi assente o non aver concorso all'approvazione della deliberazione.

B. Pure la disciplina della **rappresentanza,** e cioè **delle deleghe di voto**, è ora vista soprattutto come uno strumento in grado di consentire una partecipazione seppur indiretta dell'azionista: da ciò una serie di soluzioni normative distinte rispetto a quelle previste dall'art. 2372 c.c.
   - Non solo non si applicano alle società quotate i limiti soggettivi e quelli quantitativi posti alla disciplina del codice;
   - Si esclude che lo statuto della società possa vietare la rappresentanza nell'assemblea.

   È previsto persino che la società designi un soggetto al quale i soci possono conferire, nei termini stabiliti dalla legge, una delega con istruzioni di voto.

C. La legge si occupa infine di fenomeni **riguardanti vicende di massa** come quelle consistenti nella sollecitazione al conferimento di deleghe di voto e nell'attività di associazioni di azionisti.
La **sollecitazione**:
   - Consiste nella richiesta di conferimento di deleghe rivolta a più di 200 azionisti su specifiche proposte o accompagnata da raccomandazioni, dichiarazioni o altre indicazioni idonee ad influenzare il voto;
   - Viene considerata come un possibile strumento per contribuire alle scelte della società (ossia come un meccanismo di tipo referendario coerente con la diffusione delle azioni sul mercato, ma che può comportare manovre speculative e poco trasparenti).

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Perciò l'operazione deve svolgersi in modo da consentire all'azionista una **scelta consapevole**: a tal fine, oltre a disporre l'applicazione della disciplina appena ricordata in materia di rappresentanza nel voto, soprattutto si richiede che il **promotore** della sollecitazione diffonda un prospetto e un modulo di delega, attribuendosi alla Consob il potere di imporre informazioni integrative e particolari modalità di diffusione.
A tale disciplina della sollecitazione sono invece sottratte le richieste di conferimento di deleghe, accompagnate da raccomandazioni o indicazioni idonee ad influenzare il voto, rivolte ai propri associati da **associazioni di azionisti**, nel presupposto che l'adesione all'associazione implichi già di per sé una consapevolezza della scelta. A tal fine si richiede, oltre al dato formale della costituzione con scrittura privata autenticata, che esse non esercitino attività d'impresa e che vi partecipino almeno 50 persone fisiche con partecipazione non superiore all'uno per mille del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto: in modo tale da assicurare che esse siano realmente espressione della categoria dei piccoli azionisti-risparmiatori.

L'informazione: comunicazioni al pubblico e informazione finanziaria

Aspetto decisivo in tema di società quotate quello dell'**informazione**: è sulla base delle informazioni disponibili che il mercato definisce la quotazione delle azioni (profilo rilevante per i risparmiatori).
Riconoscendo ai soci il diritto di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti depositati per assemblee già convocate e imponendo all'organo amministrativo di mettere a disposizione del pubblico una relazione sulle materie all'ordine del giorno anche sul sito *internet* della società, nel quale devono peraltro essere indicati pure altri dati, la **legge**:

- Rafforza il diritto di informazione dei soci;
- Richiede agli emittenti quotati nei mercati regolamentati italiani di garantire a tutti i titolari di strumenti finanziari quotati le informazioni e gli strumenti necessari per l'esercizio dei loro diritti, dettando una specifica disciplina in ordine agli obblighi di informazione del pubblico.

A. Si prevede così un **regime generale delle informazioni regolamentate,** quelle cioè destinate ad essere comunicate al pubblico, delle quali la Consob deve stabilire termini e modalità di divulgazione, in modo da assicurarne un accesso rapido, non discriminatorio e ragionevolmente idoneo a garantirne l'effettiva diffusione in tutta la Comunità europea.
In particolare, l'art. 114 t.u.f. impone di informare senza indugio il pubblico in merito alle **informazioni privilegiate** che riguardano direttamente la società o le società controllare, e cioè quelle di carattere preciso non di pubblico dominio, concernenti direttamente o indirettamente strumenti finanziari quotati o loro emittenti, le quali risultano idonee a influire sensibilmente sul prezzo degli stessi strumenti finanziari: devono altresì essere divulgate le informazioni comunicate nel normale esercizio del lavoro, della professione, della funzione o dell'ufficio ad un terzo che non sia tenuto ad alcun obbligo di riservatezza.
La **Consob** può inoltre richiedere alle società quotate e ai soggetti che le controllano di rendere pubblici notizie e documenti necessari per l'informazione del pubblico; coloro possono tuttavia opporsi alla richiesta, sostenendo che da ciò potrebbe derivare un grave danno, ma tale reclamo può essere respinto quando la mancata comunicazione potrebbe indurre in errore il pubblico su fatti e circostanze essenziali. Sicché, nel conflitto tra gli interessi imprenditoriali della società e quelli del mercato finanziario, sono i secondi in definitiva a prevalere. Si potrebbe quasi dire che per le società quotate sia soprattutto il momento finanziario ad assumere un significato decisivo, al punto da sovrapporsi a quello imprenditoriale ed industriale.
La divulgazione nei casi stabiliti dalla Consob può inoltre essere ritardata dagli emittenti al fine di non pregiudicare i loro legittimi interessi, sempre che il ritardo non possa indurre in errore il pubblico su fatti e circostanze essenziali e sia possibile garantire la riservatezza della informazione non divulgata.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di controllo o anche di direzione in una società quotata, i dirigenti che abbiano regolare accesso alle informazioni privilegiate e detengano il potere di adottare decisioni in grado di incidere sull'evoluzione della società, come pure coloro che la controllino, nonché gli altri soggetti indicati dalla legge, devono comunicare alla Consob e al pubblico le operazioni da essi effettuate aventi ad oggetto azioni della società o altri strumenti finanziari ad esse collegate; analogamente devono essere rese pubbliche le informazioni riguardanti gli aspetti essenziali dei piani di compensi basati su strumenti finanziari a favore degli amministratori, di dipendenti e di altri collaboratori della società o di altre società del gruppo. Le società quotate devono poi indicare in apposito registro le persone che in ragione dell'attività lavorativa o professionale o in ragione delle funzioni svolte accesso alle informazioni riservate.

Accanto agli obblighi di comunicazione si prevedono poi particolari regole volte a garantire la correttezza delle **modalità di diffusione** delle informazioni relative agli strumenti finanziari quotati. I soggetti che producono o diffondono ricerche o valutazioni riguardanti gli strumenti quotati o i loro emittenti, devono presentare l'informazione in modo corretto e comunicare l'esistenza di ogni loro interesse o conflitto di interessi che riguardi gli interessi in questione.

B. Una peculiare attenzione viene dedicata alla disciplina della **informazione finanziaria** delle società quotate.

In primo luogo è per esse obbligatoria la nomina di un **dirigente** preposto alla redazione dei documenti contabili societari, da effettuarsi secondo le modalità nello statuto, che deve altresì prevedere i relativi requisiti di professionalità.

Al dirigente la legge attribuisce il compito:

- Di attestare la corrispondenza delle informazioni contabili della società diffuse al mercato con le risultanze documentali e con i libri e le scritture contabili.
- Di predisporre adeguate procedure per la formazione del bilancio di esercizio e consolidato e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario.
- Di attestare, unitamente agli organi amministrativi delegati, con apposita relazione sul bilancio, l'adeguatezza e l'effettiva applicazione di siffatte procedure.

Le **medesime società** sono poi tenute a pubblicare, con le modalità indicate dalla Consob con regolamento, una serie di documenti, che la legge chiama **relazioni finanziarie**, che si distinguono tra loro a seconda del contenuto e della cadenza della pubblicazione.

In particolare si prevede la redazione e messa a disposizione del pubblico di:

- Una **relazione finanziaria annuale**, comprensiva del progetto di bilancio di bilancio di esercizio e della relazione sulla gestione;
- Una **relazione finanziaria semestrale**, che comprende il *bilancio semestrale abbreviato e la relazione intermedia sulla gestione*, che contiene riferimenti agli eventi importanti occorsi nei primi sei mesi dell'esercizio ed alla loro incidenza sul bilancio semestrale abbreviato e la descrizione dei principali rischi e incertezze per i sei mesi restanti.

La trasparenza: partecipazioni rilevanti e patti parasociali

Gli obblighi di informazione mostrano la generale scelta legislativa nel senso di quella che è ormai consueto chiamare **trasparenza**, che è al contempo trasparenza della società e del mercato. Non stupisce quindi che fin dalla legge n. 216 del 1974 si sia affermata l'esigenza di una trasparenza che riguardasse non solo le operazioni e la situazione economica della società, ma anche la proprietà azionaria.

Da ciò l'imposizione di una serie di obblighi di **comunicazione** alla società partecipata ed alla Consob nell'ipotesi di **partecipazioni rilevanti**, quelle cioè che superano la soglia del 3% del capitale rappresentato da azioni con diritto di voto.

Spetta alla medesima Consob stabilire con regolamento i casi in cui i titolari di strumenti finanziari partecipativi dotati di diritti di voto sono tenuti a queste o anche ad altre comunicazioni e le norme applicative dei principi enunciati dalla legge, la quale si astiene dal dettale regole analitiche.

Rimangono comunque immutate le caratteristiche ed i principi ispiratori del sistema.

L'esigenza è quella di informare il mercato e la società circa la consistenza e la struttura dei gruppi finanziari partecipanti.

- Per un verso, la Consob ha il potere di prevedere adeguate forme di *pubblicità* della comunicazione.
- Per altro verso, ai fini del calcolo delle partecipazioni, sono considerate tanto le azioni delle quali si è titolari, anche se il diritto di voto spetta a terzi o è sospeso, quanto quelle in relazione alle quali il diritto di voto spetta sulla base di uno specifico titolo, come pure quelle delle quali risultano titolari interposte persone, fiduciari, società controllare.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'individuazione della partecipazione rilevante svolge del resto anche un ruolo ulteriore rispetto a quello centrale per una trasparenza degli assetti azionari: quello di consentire una prevenzione nei confronti del fenomeno delle **partecipazioni reciproche** e dei pericoli che da esse derivano sul piano dell'integrità patrimoniale e soprattutto su quello degli equilibri di poteri nelle società.

Si prevede che la società che ha superato il limite successivamente non può esercitare il diritto di voto con le azioni o quote possedute in eccesso e deve alienarle entro dodici mesi dalla data in cui ha superato il limite.

Oltre che in relazione alla partecipazioni reciproche, le **esigenze di trasparenza** assumono rilevanza in ordine agli obblighi di comunicazione previsti per i patti parasociali relativi a partecipazioni complessivamente pari almeno al 2% del capitale, che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto; ad essi sono assimilati i patti di consultazione, quelli che pongono limiti al trasferimento delle azioni, che prevedono un loro acquisto concertato, che risultano volti a favorire o a contrastare il conseguimento degli obiettivi di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio, compresi gli impegni a non aderirvi, e in generale quelli che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società.

A tali patti, che devono essere depositati presso il registro delle imprese, non trova applicazione la disciplina codicistica dei patti parasociali: la quale peraltro già richiede che tali patti siano comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea.

La **disciplina applicabile** alle partecipazioni rilevanti e ai **patti parasociali di società quotate** assume del resto un notevole rilievo anche sul piano civilistico:

a) In primo luogo, per un profilo comune alle due ipotesi delle partecipazioni rilevanti e dei patti parasociali, l'omissione degli adempimenti previsti comporta la conseguenza che non potrà essere esercitato il diritto di voto inerente alle azioni quotate per cui tale omissione è avvenuta. La violazione del divieto comporta l'impugnabilità della deliberazione a norma dell'art. 2377 c.c.

   Non è precisato se l'esercizio del voto sia sospeso con riferimento alle sole azioni che superino il limite stabilito dalla legge o invece con riferimento a tutte le azioni possedute. È tuttavia chiaro che se l'omissione riguarda la comunicazione dell'aumento della partecipazione, la sospensione del voto riguarda solo l'aumento.

b) A tale conseguenza si aggiunge la regola secondo la quale, in caso di inosservanza degli obblighi di comunicazione e pubblicazione, essi sono nulli.

   Le questioni più delicate riguardano:

   - La possibilità di assegnare in seguito efficacia ad un patto ormai definitivamente nullo: in tal caso non pare esservi altra strada se quella di una ripetizione del patto, con *rinnovazione* quindi del consenso.
   - La possibilità comunque di superare quella sospensione del diritto di voto che non può risultare anomala per il sistema delle società capitalistiche. In tal caso, l'unica soluzione possibile sembra quella di un *atto ricognitivo* delle parti con cui si prende atto della situazione di nullità e si accerta l'assenza di vincoli: ciò dovrebbe essere sufficiente per superare una sospensione del diritto di voto altrimenti irrimediabile.

c) Sempre con riguardo ai patti parasociali, si prevede che la loro **durata** non può essere superiore a tre anni e che eventuali termini maggiori sono ridotti a tale periodo, ammettendosi tuttavia la possibilità che alla scadenza essi siano rinnovati. Tali patti possono essere stipulati anche a tempo indeterminato, nel qual caso ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di sei mesi.

   Qualora gli azionisti intendano aderire ad un'offerta pubblica obbligatoria totalitaria o preventiva, il preavviso non è richiesto e il recesso non produce effetto se non si è perfezionato il trasferimento delle azioni: una regola coerente alla inefficacia nei confronti dell'offerente.

   Siffatte limitazioni possono restare inefficaci anche a seguito della conclusione dell'offerta, qualora in particolare l'offerente venga a detenere una partecipazione non inferiore al 75% del capitale con diritto di voto.

d) Sia le partecipazioni rilevanti, anche indirette, sia i patti parasociali rientrano tra le informazioni che devono essere indicate nella relazione sulla gestione in una specifica sezione, denominata **relazione sul governo societario e gli assetti proprietari**, o in una relazione distinta approvata dall'organo di amministrazione e pubblicata, congiuntamente alla relazione sulla gestione.

   Nella medesima relazione si deve inoltre dar conto della struttura del capitale, dei vincoli al trasferimento dei titoli o dei poteri degli amministratori in tema di aumento di capitale, di emissione di strumenti finanziari e di acquisto di azioni proprie, delle previsioni statuarie derogatorie rispetto alla disciplina legale in particolari materie.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

I controlli: revisione legale dei conti e organi di controllo

La peculiarità degli interessi coinvolti dalle società quotate comportano un sostanziale arricchimento e rafforzamento dei controlli cui sono soggette (sia dal punto di vista privatistico che pubblicistico).
Per il **primo aspetto** si tratta fondamentale del **controllo contabile**, e cioè dell'affidamento della *revisione legale dei conti* ad un soggetto esterno alla società e della conseguente modificazione del ruolo del collegio sindacale.

È quest'ultima una soluzione che la legge ha poi esteso al di là dell'ambito delle società quotate, ancorché in termini tra loro diversi a seconda che si tratti di società quotate oppure no.

- Nelle prime non solo tale attività è svolta *necessariamente* da un soggetto esterno, ma è sottoposta ad una specifica disciplina, quella cioè che il D. Lgs n. 39 del 2010 riferisce ai cc.dd. "enti di interesse pubblico".
- Anche nelle società non quotate essa è esercitata in via di principio da un soggetto esterno: può tuttavia essere affidata pure al collegio sindacale, ma solo in presenza di una previsione statuaria in tal senso e purché la società non sia tenuta alla redazione del bilancio.

La circostanza che la revisione legale dei conti sia esercitata da un soggetto esterno non costituisce più una peculiarità delle sole società quotate, alle quali è stata riconosciuta la possibilità di conferire il relativo incarico anche ad un revisore legale: ciò non toglie che in queste società la relativa disciplina continui a presentare significative particolarità.

Anche nelle società quotate il soggetto incaricato della revisione legale deve essere **nominato** dall'**assemblea ordinaria**, sempre su proposta motivata dell'organo di controllo. In caso di **mancata nomina** la società deve informare la Consob, indicandone le cause; alla medesima Consob è inoltre affidato il compito di vigilare sull'organizzazione e sull'attività di tale soggetto, al fine di verificare il corretto svolgimento della revisione legale: la legge tende, nelle società quotate, a rafforzare l'indipendenza del soggetto incaricato della revisione.

Così l'art, 17 del D. Lgs n. 39 del 2010:

- Definisce la **durata** dell'incarico (9 o 7 anni, a seconda che si tratti di un revisore legale o di una società di revisione).
- Individua una serie di *servizi che il revisore non può prestare a favore della società.*
- Si prevede inoltre l'istituzione del c.d. **comitato per il controllo interno e la revisione contabile** che si identifica tendenzialmente con l'organo di controllo. Ad esso la legge riferisce:
    - Il dovere di informare dell'esito della revisione il consiglio di amministrazione dell'ente sottoposto ad essa;
    - Il compito di monitorare il processo di informativa finanziaria e la revisione legale;
    - Il compito di controllare l'efficacia dei sistemi di controllo interno della qualità e di gestione del rischio.
    - Il compito di verificare e monitorare l'indipendenza dei revisori legali e di sovraintendere alla procedura di selezione dei soggetti incaricati della revisione legale.
- Attribuisce alla Consob il potere di stabilire con regolamento le situazioni che possono compromettere l'indipendenza del revisore legale.
- Riferisce il divieto di rappresentanza nell'assemblea della società oggetto di revisione non solo al soggetto incaricato della revisione contabile, ma anche alla persona fisica responsabile della revisione. Quest'ultima:
    - Non può assumere tale ruolo nei confronti della stessa società per un periodo superiore a 7 esercizi sociali.
    - Né può assumerlo nuovamente, anche per conto di una diversa società di revisione, prima che siano decorsi due anni dalla cessazione del precedente incarico.

Alla medesima Consob la legge ora riconosce la legittimazione a chiedere al tribunale la revoca del revisore o della società di revisione legale. Il revisore legale e più in generale i soci e i dipendenti del soggetto incaricato della revisione non possono rivestire cariche sociali negli organi di amministrazione e di controllo della società oggetto di revisione né svolgere nel suo ambito funzioni dirigenziali se non dopo che sia trascorso un biennio a partire dalla conclusione dell'incarico di revisione o dalla cessazione del diretto coinvolgimento nell'incarico di revisione legale.

Funzioni e poteri del revisore legale o della società di revisione legale di società quotate corrispondono, tendenzialmente, a quelli riconosciuti al soggetto incaricato della revisione legale dei conti dall'art. 14 del D. Lgs. n. 39 del 2010. Tuttavia, nel caso di società quotate, costoro sono tenuti ad informare senza indugio l'organo di controllo e la Consob dei fatti ritenuti censurabili rilevati nell'espletamento dell'incarico, come pure ad informare tempestivamente la Consob in caso di giudizio negativo sul bilancio e in presenza di richiami di informativa relativi a dubbi significativi sulla continuità aziendale.

Il soggetto incaricato della revisione legale dei conti esprime inoltre specifici pareri con riferimento a materie delicate: tali pareri devono essere messi a disposizione del pubblico presso la sede ed il sito *internet della società almeno ventuno giorni prima dell'assemblea.*

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Non vi è dubbio che funzione principale del revisore legale o della società di revisione legale sia la **verifica della contabilità** e soprattutto **del bilancio**: per quanto riguarda le società quotate, la legge ricollega specifici effetti in ordine all'impugnazione della deliberazione che lo approva.
Il contenuto della relazione non vincola l'assemblea: questa potrà approvare un bilancio sul quale è stato espresso un giudizio negativo, così come potrà non approvare un bilancio che ha ottenuto un giudizio positivo senza riserve. Se tuttavia un bilancio siffatto viene approvato dall'assemblea, la legittimazione alla proposizione della impugnativa nei confronti della relativa deliberazione per *cause relative al contenuto ed alle valutazioni di bilancio* è limitata ai soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale: anche la Consob può impugnare, nel termine di 6 mesi, tale deliberazione, e anzi può farlo "in ogni caso", quindi anche per qualsiasi causa e qualunque sia il giudizio espresso dalla società di revisione.
Per quanto riguarda gli **altri organi di controllo**, quelli cioè ai quali è affidato il controllo sulla amministrazione, vale a dire il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo sulla gestione, si individuano ulteriori **strumenti di tutela delle minoranze**. La legge infatti:

a) Richiede che almeno un componente dell'organo di controllo sia eletto con voto di lista da soci di minoranza che non siano collegati, nemmeno indirettamente, con quelli che hanno rappresentato o votato la lista che ha ottenuto il maggior numero di voti.
b) Dispone che il presidente del collegio sindacale sia nominato dalla assemblea tra i sindaci eletti dalla minoranza.
c) Affida al ministero della giustizia il compito di stabilire con regolamento i requisiti di *onorabilità e di professionalità* dei componenti degli organi di controllo. Si riconosce inoltre alla Consob il potere di fissare limiti al cumulo degli incarichi di amministrazione di controllo di società di capitali da parte di costoro.

Anche gli **organi di controllo** devono denunciare le irregolarità riscontrate nella loro attività di vigilanza alla Consob. Essi sono chiamati a vigilare sulla adeguatezza del sistema di controllo interno e, proprio a tal fine, si impone ai soggetti preposti al controllo interno di riferire anche all'organi di controllo.

Particolarmente significativo risulta poi l'obbligo degli amministratori di riferire all'organo di controllo tempestivamente i dati riguardanti l'attività svolta e le operazioni di maggior rilievo; come pure, per quanto riguarda il sistema dualistico, l'obbligo di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione: laddove, invece, nelle società non quotate, i componenti del consiglio di sorveglianza non sono tenuti, ma solo legittimati ad assistere alle adunanze del consiglio di gestione.
Sempre in questa prospettiva deve essere ricordato l'obbligo imposto agli amministratori di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio di prevedere specifiche regole volte a garantire non soltanto la trasparenza, ma anche la correttezza sostanziale e procedurale delle *operazioni con parti correlate*, e il conseguente dovere dell'organo di controllo di vigilare sulla loro osservanza e di riferire nella relazione all'assemblea.

Agli organi di controllo di società quotate vengono poi attribuiti poteri specifici ed ulteriori rispetto a quelli loro riconosciuti dalla disciplina codicistica.
Talune regole dettate in materia di organo di controllo sono ora estese ai componenti degli organi di amministrazione, coerentemente con la considerazione che essi stessi svolgono funzioni di controllo nei confronti dell'operato degli organi delegati.
Pure per i **componenti degli organi di amministrazione** si richiede il possesso dei requisiti di onorabilità previsti per i membri degli organi di controllo e per una parte di loro anche di quelli di indipendenza stabilita per i sindaci, e, soprattutto, si prevede un meccanismo per la loro nomina in grado di assicurare una rappresentanza degli azionisti di minoranza, sulla base della tecnica del voto di lista.

Uno dei componenti del consiglio di amministrazione deve essere espresso dalla lista di minoranza che abbia ottenuto il maggior numero di voti e che non sia collegata con quella risultata prima per numero di voti: nelle società che hanno adottato il sistema monistico l'amministratore eletto dalla minoranza deve inoltre essere in possesso anche dei requisiti di professionalità e di indipendenza. Le liste di candidati, che devono essere depositate presso l'emittente entro il venticinquesimo giorno precedente la data dell'assemblea e messe a disposizione del pubblico presso la sede sociale e sul sito *internet* della società, possono essere presentate da soci che detengono una quota minima di partecipazione nella misura del quarantesimo del capitale sociale o in quella minore indicata dallo statuto o in quella diversa stabilita dalla Consob tenendo conto della situazione specifica della società con riferimento al flottante e ai suoi assetti proprietari.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Comune all'organo di controllo e a quello di amministrazione è inoltre l'esigenza del rispetto dell'equilibrio tra generi: lo statuto delle società quotata deve infatti prevedere criteri in grado di assicurare che, per tre mandati consecutivi, almeno un terzo degli amministratori eletti e dei membri effettivi del collegio sindacale siano costituiti da componenti appartenenti al genere meno rappresentato; la medesima esigenza si pone anche in relazione alle società non quotate controllate da pubbliche amministrazioni.

La Consob e i controlli pubblici

Le società per azioni quotate si caratterizzano per la loro sottoposizione ad un sistema di **controlli pubblici** da attuarsi da parte di una commissione appositamente istituita, la **Consob** (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa).

Significativo è che la **vigilanza** su tali società sia affidata al soggetto pubblico che svolge istituzionalmente anche la funzione di "*assicurare la trasparenza, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori*".

Si tratta infatti di un sistema di controlli il quale mira, attraverso una completa, particolareggiata e veritiera **informazione** sulla situazione patrimoniale e sulle vicende che riguardano le società per azioni quotate in mercati regolamentati, a tutelare il risparmio e il risparmiatore al momento dell'investimento e a far sì che la scelta sia operata consapevolmente e con la conoscenza di tutti i dati rilevanti. Il che appunto rappresenta una tutela del risparmiatore, ma anche nel contempo dell'azionista.

La Consob:

- Ha personalità giuridica di diritto pubblico e piena autonomia nei limiti della legge ed è dotata di un proprio organico di personale dipendente;
- È un ente composto di un presidente e di quattro membri che opera collegialmente;
- È un organo di controllo, ma nel senso generico di controllo di attività e cioè di vigilanza su un determinato settore, quello del mercato mobiliare, territorialmente delimitato nell'ambito di applicazione della legge italiana: il che spiega l'incompatibilità per gli organi di vertice e per i dirigenti cessati dall'incarico prevista dall'art. 29 *bis* della legge 28 dicembre 2005 n. 262.

Per quanto riguarda le società quotate, il ruolo della Consob si esplica soprattutto, ma non solo, sul piano delle finalità di **trasparenza** perseguite dalla legge. A tal fine essa è dotata:

- Sia di **poteri regolamentari**;
- Sia di **poteri che si traducono in atti amministrativi di portata generale o particolare**. Di questi ultimi sono particolarmente significativi:
    - Quelli relativi al potere di chiedere la comunicazione di notizie e documenti;
    - Quelli relativi al potere di assumere notizie dagli organi sociali e dai revisori legali e dalle società di revisione legale;
    - Quelli relativi al potere di eseguire direttamente ispezioni presso le società.

La legge impone sia agli organi di controllo sia al revisore legale e alla società di revisione legale di segnalarle le irregolarità di cui siano venuti a conoscenza.

Alla Consob sono del resto anche consentiti interventi volti ad incidere dall'interno sull'organizzazione societaria: come quando le è riconosciuta la legittimazione a proporre denuncia *ex* art. 2409 c.c., o ad impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio, come pure le deliberazioni adottate con il voto determinante di titolari di partecipazioni rilevanti o di aderenti a patti parasociali non debitamente comunicati. Neppure mancano ipotesi in cui il potere della Consob si estende fino a consentirle il divieto di specifiche operazioni: così quando può vietare l'attività di sollecitazione ove riscontri violazioni.

Le offerte pubbliche di acquisto (OPA) e di scambio (OPS)

Le **peculiarità** dell'assetto di interessi proprio delle società quotate in borsa si rivelano ulteriormente nella materia delle **offerte pubbliche di acquisto** (O.P.A) e di **scambio** (O.P.S) di titoli.

Rileva anche qui la stretta connessione tra i profili societari e quelli riguardanti il mercato dei titoli, la constatazione cioè che vicende riguardanti la loro negoziazione possono porre esigenze di tutela di

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

interessi ad essa invece interni, e che per converso il modo di atteggiarsi dell'assetto societario può riflettersi sul mercato dei titoli e porre il problema di una tutela della sua funzionalità.
Rilevano ancora quelle caratteristiche dell'investimento azionario per cui la tutela dell'azionista tende ad identificarsi con quella del risparmiatore ed allora anche del mercato dei capitali in cui effettua il suo investimento.
La **connessione tra i due aspetti** risulta **esplicita** quando, durante la pendenza dell'offerta pubblica, viene modificato il rapporto tra gli organi sociali: la legge vieta infatti agli amministratori di compiere atti od operazioni che possono contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta. Il che spiega, in una situazione nella quale l'interesse degli amministratori, che può essere quello di impedire mutamenti del gruppo di controllo della società, può porsi in contrasto con quello dei soci a massimizzare il ricavato della vendita dei loro titoli: un divieto che si è soliti indicare come *passivity rule*, originariamente inderogabile, ed ora invece applicabile in assenza di contraria disposizione dell'atto costitutivo.
Vi è anche da segnalare la **specificità delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio** rispetto ad altre ipotesi, come le offerte pubbliche di vendita (O.P.V.) o di sottoscrizione, che rientrano nel più ampio *genus* della sollecitazione all'investimento e sono regolate senza difficoltà dalla relativa disciplina.
Nel **caso di O.P.A e di O.P.S.** si pone infatti l'esigenza di tutelare non soltanto il pubblico destinatario dell'offerta, ma anche i soci; d'altra parte, tali operazioni possono rappresentare pure un mezzo utilizzabile per il loro soddisfacimento.
Perciò del resto si affida **alla Consob il compito di vigilare** sulle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, ed in particolare sul loro svolgimento, e si richiede che la società emittente diffonda un comunicato contenente i dati utili per apprezzare e valutare l'offerta e gli effetti che il suo eventuale successo avrà sull'impresa, nonché sull'occupazione e sulla localizzazione dei siti produttivi.
La società emittente svolge in tal modo un ruolo per l'interesse della collettività dei soci, e anche dei lavoratori, ai rappresentanti dei quali il comunicato deve essere trasmesso contestualmente alla diffusione.
Ciò può essere illustrato anche facendo riferimento all'esigenza **di parità di trattamento** che tendenzialmente è presente sia nel mercato dei titoli sia nel diritto delle società: la circostanza che nell'offerta di acquisto o di scambio suoi destinatari sono anche per definizione gli azionisti rende rilevanti tutti e due i profili e in certo modo vale a rafforzare quell'esigenza.

Le offerte pubbliche di acquisto obbligatorie

Queste considerazioni permettono di comprendere la circostanza per cui l'offerta pubblica può in una serie di ipotesi risultare obbligatoria: il che accade quando essa coinvolge il **controllo della società**.
Si è di fronte ad una scelta di politica legislativa volta ad impedire che le negoziazioni aventi per oggetto il controllo della società di svolgano in modo tale da provocare **discriminazioni tra i soci**: l'obiettivo in sostanza che la parità di trattamento fra essi si estenda anche su quello di tali negoziazioni, pur formalmente esterne alla società.
La questione deriva dalla constatazione che, nella prassi degli affari, l'acquisizione del controllo di una società implica normalmente la corresponsione di un c.d. **premio di maggioranza**, ossia di un plusvalore rispetto a quello che risulterebbe dalla quotazione delle singole partecipazioni di cui il pacchetto di controllo spesso si compone. Da ciò l'interrogativo se sia economicamente e giuridicamente giustificabile la diversità di posizione che ne risulta tra chi, disponendo di tale pacchetto di controllo, è in grado di riscuotere quel premio e gli altri soci; oppure non si debbano elaborare strumenti in grado di determinarne una sorta di "distribuzione" paritaria.
L'**offerta pubblica di acquisto obbligatoria** è appunto lo strumento utilizzato a tal fine nel nostro ordinamento. Con esso infatti quel "premio" non risulta più corrisposto al solo soggetto che deteneva la posizione di controllo, ma a tutti sono offerte *equal opportunities*.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

È chiaro che l'**obbligo di offerta pubblica di acquisto** può comportare dei costi aggiuntivi per chi intende acquisire il controllo di una società quotata: sicché esso è in grado di tradursi in un ostacolo per la negoziabilità del controllo stesso e quindi per il ricambio dei gruppi che ad esso aspirano.

Data l'impostazione legislativa si comprende come il fulcro operativo della disciplina risieda nel modo in cui vengono precisati i concetti di *controllo e di acquisto del controllo* da cui dipende la sua concreta applicabilità. La legge definisce le società controllate mediante un richiamo all'art. 2359 cod. civ., cui aggiunge:

- Le imprese rispetto alle quali, in virtù di clausola statuaria o di contratto si può esercitare un'influenza dominante.
- Le imprese su cui un socio dispone da solo di voti sufficienti a esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; e sulla base di ciò impone di considerare anche i diritti spettanti a società controllate o esercitati per il tramite di fiduciari o di interposte persone.

Si comprendono le ragioni per cui la legge si limita a considerare sotto questo profilo solo i titoli che:

- Da un lato risultano *ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati italiani*;
- Dall'altro attribuiscono *diritti di voto* nelle deliberazioni assembleari riguardanti *la nomina o la revoca degli amministratori* o anche su argomenti diversi, individuati dalla Consob tenendo contro della natura e del tipo di influenza sulla gestione della società che può avere il loro esercizio anche congiunto.

Il sistema si articola sulla base della definizione di differenti fattispecie.

L'ipotesi principali è la c.d. **offerta pubblica totalitaria** di cui all'art. 106 t.u.f., e cioè la regola che impone a chi, per effetto di acquisiti o di maggiorazione dei diritti di voto, venga a detenere una partecipazione superiore al 30% oppure al 25%, l'obbligo di promuovere l'offerta pubblica di acquisto, ad un corrispettivo non inferiore a quello determinato sulla base dei criteri indicati dalla legge, rivolta a tutti i possessori sulla totalità dei titoli ammessi, alla negoziazione su un mercato regolamentato; analogo obbligo consegue poi nei confronti di chi, detenendo già una partecipazione pari al 30%, la incrementi con acquisti superiori al 5%.

Al riguardo si consideri che:

a) Ai fini in esame rilevano anche gli acquisti indiretti, avvenuti cioè tramite l'acquisto di partecipazioni in *altra* società il cui patrimonio è prevalentemente costituito da titoli emessi dalla società con azioni quotate;
b) Al fine di evitare facili elusioni, la legge ha previsto un obbligo solidale di promuovere l'offerta pubblica a carico di coloro che vengono complessivamente a detenere una partecipazione superiore alla soglia di legge. L'ipotesi di acquisti di concerto è quella in cui più soggetti cooperano sulla base di un accordo che risulti diretto ad acquisire, mantenere o rafforzare il controllo della società emittente o a contrastare il conseguimento degli obiettivi di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio: sono considerate persone che agiscono di concerto tra loro il controllato, il controllante e le società da esso controllate, come pure le società sottoposte a comune controllo, ed infine le società e i suoi amministratori. L'obbligo non sorge, qualora il superamento della soglia consegua alla stipula di un patto parasociale, salvo che ciò dipenda da acquisti effettuati dagli aderenti nei dodici mesi precedenti la sua stipulazione;
c) Per titoli si intendono gli strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, e cioè essenzialmente i titoli azionari, gli unici in grado di attribuire il diritto di voto in tali sedi;
d) Il corrispettivo dell'offerta pubblica non può essere inferiore al prezzo più elevato pagato dall'offerente nei dodici mesi precedenti alla comunicazione dell'offerta per acquisti di titoli della stessa categoria, o, in mancanza, di quello medio ponderato di mercato relativo al medesimo periodo di tempo. La Consob ha tuttavia il potere di stabilire che l'offerta sia promossa ad un prezzo diverso a quello più elevato pagato. L'offerente è tenuto ad offrire un corrispettivo in denaro solo qualora, dei dodici mesi anteriori alla comunicazione dell'offerta, abbia acquistato verso corrispettivo in denaro titoli che conferiscono almeno il cinque per cento dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea della società emittente dei titoli oggetto di offerta.
e) Alle PMI viene riservato un trattamento particolare non inferiore al 25 e non superiore al 40%, sia di escludere per i primi cinque anni di quotazione l'obbligo di offerta pubblica incrementale.

In taluni casi, il superamento della soglia del 30% non comporta l'obbligo di promuovere l'offerta pubblica totalitaria.

A. Ciò avviene in primo luogo qualora vi siano altri soci che detengono il controllo della società: la previsione di quella soglia del 30% vale infatti soltanto ad affermare una **presunzione** che il suo superamento implichi l'acquisto di controllo; una volta superata la presunzione viene meno la ragione stessa dell'obbliga in questione. Allo stesso modo, all'acquisto di partecipazioni superiori al 5% da parte di chi detiene il 30% non consegue l'obbligo in esame se costui già detiene la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria;

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

B. Ciò avviene altresì in specifiche ipotesi indicate dalla Consob, in cui l'acquisto non può dirsi di per sé finalizzato ad assumere il controllo o, pur essendo a ciò diretto, si verifica in ambiti nei quali rilevano esigenze *diverse* da quella di disciplinare il mercato del controllo.

Si tratta:

- Per un verso dei casi in cui l'acquisto in seguito al quale sia stata superata la soglia del 30% del capitale sia stato effettuato *a titolo gratuito*, o assuma un carattere *temporaneo*, o derivi da *cause indipendenti dalla volontà dell'acquirente* o ancora dell'esercizio di diritti di opzione originariamente spettanti all'acquirente o infine qualora il trasferimento delle azioni interrotta tra *società dello stesso gruppo.*
- Per un altro verso delle ipotesi in cui il superamento della soglia è avvenuto a seguito di acquisti effettuati in attuazione di operazioni di salvataggio della *società in crisi,* ovvero a seguito di *fusione o di scissione.*

C. Ma l'ipotesi principale in cui non sussiste l'obbligo di promuovere l'offerta pubblica totalitaria si riferisce al caso in cui la soglia del 30% sia stata superata a seguito di un'offerta **totalitaria**. La **promozione di una offerta pubblica siffatta** vale così di per sé ad esonerare dall'obbligo di promuovere una seconda totalitaria: si ritiene infatti incongruo tutelare la parità di trattamento tra i soci nei confronti di chi ha involontariamente utilizzato uno strumento di per sé diretto a rispettare tale parità di trattamento.

D. Analogo esonero può del resto discendere anche all'esito di un'offerta pubblica di acquisto **preventiva**, per tale intendendosi un'offerta parimenti volontaria, ma parziale, che abbia ad oggetto almeno il 60% di ciascuna categoria di titoli con diritto di voto. In tal caso sono però previste alcune conseguenze volte ad impedire che tale possibilità sia utilizzata al fine di eludere l'obbligo di offerta pubblica totalitaria, ed in particolare:
    a. Che l'offerente non abbia acquistato partecipazioni in misura superiore all'1% nei 12 mesi precedenti alla comunicazione alla Consob dell'offerta e durante la stessa;
    b. Che inoltre l'offerta sia stata approvata dalla maggioranza dei possessori dei titoli, escluse dal computo le azioni detenute dall'offerente, dal socio di maggioranza, e dai soggetti che agiscono di concerto con il medesimo;
    c. Che la Consob, verificata la ricorrenza di tali due condizioni, accordi l'esenzione dall'obbligo.

Ne risulta un sistema per cui l'offerta pubblica preventiva viene a rappresentare il principale strumento per evitare di essere soggetti all'obbligo di promuoverne una totalitaria.

Il che costituisce un potente incentivo ad utilizzare la prima: ciò in quanto consente di acquisire il controllo della società senza bisogno di offrirsi di comprare la totalità delle azioni, ma soltanto il 60% di esse. Incentivo rafforzato dall'ulteriore regola per cui i titoli eccedenti debbono essere alienati entro un anno e il diritto di voto inerente all'intera partecipazione è sospeso fino a quando non venga effettuata l'alienazione dell'eccedenza. L'alienazione:

- Se da un lato potrebbe incidere negativamente sul prezzo dei titoli.
- Dall'altro non sempre risulta giustificata, o possibile, alla luce delle eventuali modificazioni della compagine azionaria successivamente intervenute:

Alla luce di tali ragioni si riconosce adesso alla Consob il potere di imporre una offerta pubblica *totalitaria* per il prezzo dalla stessa stabilito. Si comprende anche che ad analogo obbligo di offerta pubblica totalitaria sia sottoposto chi abbia nell'anno successivo acquistato ulteriori partecipazioni in misura superiore all'uno percento.

Inoltre, analoghi **obblighi di acquisto** vengono previsti:

- All'offerente che detiene una partecipazione superiore al 95% del capitale rappresentato da titoli in una società italiana quotata, l'**obbligo di acquistare** da chi ne faccia richiesta tutti i titoli rimanenti, ovvero, in presenza di una pluralità di categorie di titoli, tutti quelli delle categorie per le quali sia stata raggiunta tale percentuale;
- A carico di chiunque si trovi a detenere una partecipazione superiore al 90% del capitale rappresentato da titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato: ma solo qualora, nei 90 giorni successivi al superamento di tale soglia, costui non provveda a ripristinare il "flottante", cioè l'effettiva diffusione tra il pubblico dei titoli, in modo da assicurare il regolare andamento delle negoziazioni.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Si tratta, in entrambi i casi, di situazioni nelle quali, nonostante la formale quotazione nel mercato regolamentato, quest'ultimo può non essere concretamente in grado di assicurare quella facilità di smobilizzazione che tipicamente fa parte delle motivazioni dell'investimento azionario.

Tutte le volte in cui siffatte percentuali siano superate esclusivamente a seguito di un'offerta pubblica totalitaria, il corrispettivo è pari a quello di quest'ultima ed assume la stessa forma, salvo il diritto del possessore dei titoli di esigerlo soltanto in contanti, nella misura determinata dalla Consob.

Qualora invece si sia acquistata una partecipazione almeno pari al 98% del capitale rappresentato da titoli in una società italiana quotata a venire in considerazione è l'interesse di quest'ultimo di acquistarli.
La disciplina in tale ipotesi prevede in capo all'offerente non l'obbligo, ma il **diritto** di acquistare le azioni residue, ad un prezzo determinato secondo i medesimi criteri previsti nel caso di obbligo di acquisto: si tratta di un vero e proprio diritto potestativo riconosciuto all'offerente che si spiega per il sostanziale raggiungimento degli obietti e che in tal modo si riflette anche sulla posizione di chi non ha inteso aderirvi.

Il procedimento

Le **offerte pubbliche di acquisto e di scambio** presentano profili di rilevanza sia per l'assetto di interessi societari sia per il mercato dei capitali. In proposito è necessario distinguere tre fasi:

A. La prima è quella della **promozione dell'offerta**, nella quale la particolare rilevanza dell'operazione richiede l'applicazione di regole ulteriori risetto alla generale disciplina della sollecitazione all'investimento. La legge prevede che ne sia data comunicazione alla Consob e che in seguito, entro i 20 giorni successivi, sia presentato alla medesima Consob il documento destinato alla pubblicazione.
   Compito della Consob è quello di valutare se il documento di offerta sia idoneo a consentire ai destinatari un fondato giudizio sull'offerta: valutazione la quale si conclude, nel caso di esito positivo, con la **approvazione**, eventualmente richiedendo informazioni integrative da fornire nel termine dalla stessa indicato, come pure specifiche modalità di pubblicazione da seguire e particolari garanzie da prestare.
   Qualora sopravvengano fatti nuovi tali da impedire ai destinatari di formulare un fondato giudizio sull'offerta, quest'ultima può essere sospesa, per non più di 30 giorni, dalla Consob: la quale in caso di fondato sospetto di violazione delle norme o rispettivamente di loro accertata violazione, ha il potere di sospendere l'offerta in via cautelare o di dichiararla decaduta.
B. La seconda è quella successiva alla pubblicazione dell'offerta che riguarda il periodo della sua **pendenza**. Durante questa fase si pongono dei vincoli di comportamento per la società interessata dall'operazione. Essi si spiegano per il fatto occorre limitare le tecniche "difensive" disponibili da parte degli amministratori e dei gruppi contro cui la scalata è diretta. Si pone l'esigenza di assicurare che tali eventuali tecniche, che possono risolversi i un aumento dei costi per l'operazione (c.d. **pillole avvelenate**), siano effettivamente nell'interesse degli azionisti e non soltanto del gruppo di controllo attuale.
   La questione si pone su due piani, preventivo e successivo all'avvio dell'operazione, e per entrambi gli aspetti la legge si è risolta a riconoscere a quest'ultima il più limitato ruolo di derogare, in tutto o in parte, alla disciplina di legge. In particolare:
   a) Per il primo aspetto, quello **preventivo**, sono considerate le clausole che limitano il trasferimento dei titoli o il diritto di voto. La legge permette agli statuti delle società italiane di disporne la neutralizzazione, e cioè di prevedere che nel periodo di adesione all'offerta non abbiano effetto, nei confronti dell'offerente, le limitazioni statuarie al trasferimento dei titoli, e che quelle al diritto di voto non operino nelle assemblee chiamate ad autorizzare l'adozione di misure "difensive" nei confronti di un'offerta pubblica.
      Gli statuti possono prevedere che nella prima assemblea successiva alla chiusura dell'offerta convocata per modificare lo statuto o revocare gli amministratori o i componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza, non trovino applicazione nei confronti dell'offerente, che detenga almeno il 75% delle

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

azioni con diritto di voto. Più in generale, la disciplina in esame non trova comunque applicazione alle limitazioni statuarie del diritto di voto connesse al riconoscimento di privilegi di natura patrimoniale, né alle prerogative riconosciute all'autorità governativa in relazione alle società privatizzate dalla legge n. 474 del 1994.

b) Per il secondo aspetto, quello **successivo**, si prevede la già ricordata disciplina della c.d. *passivity rule,* alla quale l'autonomia statuaria può derogare salvo l'obbligo di comunicare le eventuali deroghe alla Consob e al pubblico. In mancanza di tali deroghe statuarie, è vietato il compimento di ogni atto o operazione idonei a "contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta" che non siano stati autorizzati dall'assemblea ordinaria: ad analoga autorizzazione sono sottoposti pure gli atti che non rientrino nel corso normale delle attività della società, sempre che il loro compimento possa contrastare il conseguimento degli obiettivi dell'offerta.

La prospettiva resta dunque nel senso di attribuire all'autonomia statuaria la scelta in merito alla maggiore o minore contendibilità del controllo della società. Non mancano norme inderogabili, come quella che riconosce il diritto di recedere senza preavviso dai patti parasociali quando si intenda aderire ad un'offerta pubblica obbligatoria totalitaria o preventiva: la relativa dichiarazione produce effetto solo all'atto del perfezionamento del trasferimento delle azioni.

D'altra parte la tendenza dell'offerta pubblica implica anche dei **vincoli di comportamento per l'offerente**. Egli, in particolare, deve adeguare quest'ultimo al prezzo più alto pagato; più in generale è tenuto ad astenersi da comportamenti idonei ad "*alterare situazioni rilevanti per i presupposti dell'offerta pubblica di acquisto o di scambio obbligatoria*".

A partire dalla comunicazione dell'offerta fino ad un anno dalla sua chiusura si riconosce poi alla Consob il potere di chiedere all'offerente nonché agli intermediari incaricati di raccogliere le adesioni come pure quello di esercitare le prerogative di cui all'art. 115 t.u.f.

Ulteriore profilo che caratterizza questa fase è quello dalla **irrevocabilità dell'offerta** che la legge assicura dichiarando nulla ogni clausola contraria. L'**offerta** può essere invece **modificata** fino a tre giorni prima della data prevista per la chiusura dell'operazione ed in particolare è possibile solo un aumento del corrispettivo.

Parimenti **irrevocabili** sono ovviamente **le accettazioni.** La irrevocabilità delle accettazioni trova una comprensibile eccezione nell'ipotesi di offerte concorrenti, che possono essere presentate entro 5 giorni dalla scadenza dell'offerta precedente, e sono ammesse solo se esse o gli eventuali successivi rilanci propongono un corrispettivo globale superiore all'ultima offerta o rilancio.

C. L'ultima fase è quella conseguente alla **scadenza del termine**. Le situazioni che possono verificarsi alla scadenza del termine sono tre:
   - Quella che si sia raggiunto il quantitativo richiesto: in tal caso l'operazione si conclude con il conseguimento dei suoi obiettivi;
   - Quella che si sia raggiunto un quantitativo inferiore.
   - Quella che si sia raggiunto un quantitativo superiore.

La seconda e la terza ipotesi pongono problemi che vengono risolti sul piano contrattuale degli schemi utilizzati per la formulazione dell'offerta.

Essi possono prevedere la possibilità che l'offerta indichi il quantitativo minimo di accettazione perseguito: in tal caso ne consegue la sua inefficacia. Possono prevedere poi che siano individuati i criteri di riparto che non potranno fare riferimento a quei criteri di proporzionalità che solo è in grado di rispettare il generale principio di parità di trattamento.

Ne risulta quindi una disciplina la quale consente di configurare l'operazione come una fattispecie a formazione successiva diretta alla realizzazione di un affare unitario e unitariamente concepito. L'effetto giuridico finale si determina solo con il perfezionamento della fattispecie; tuttavia già prima si determinano degli effetti preliminari, quali in particolare la irrevocabilità dell'offerta e delle singole adesioni nel termine previsto per il completamento della fattispecie.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo IV
La società cooperativa

Scopo mutualistico e struttura della società cooperativa

Le **società cooperative**:

- Sono regolate nel Titolo sesto del libro del lavoro;
- Costituiscono una forma organizzativa tipica riservata alle imprese mutualistiche;
- L'art. 2511 prevede che le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico;
- L'ar.t 2515 vieta l'uso nella denominazione sociale della indicazione di cooperativa alle società che non hanno scopo mutualistico.

La **mutualità** è carattere dell'attività ed in particolare del suo scopo, e non dell'organizzazione sociale; essa consiste nel fatto che il lucro dell'imprenditore si realizza a carico delle stesse persone che fanno parte della società e alle quali viene redistribuito, e non a carico di persone estranee alla società.
Tutte le società cooperative hanno per oggetto l'esercizio di una impresa avente scopo mutualistico: nulla vieta che le imprese mutualistiche si costituiscano in **forma** di società per azioni o di società a responsabilità limitata.
Ciò che caratterizza la cooperativa non è la mutualità, ma la sua **organizzazione**: una società non è una società cooperativa solo perché esercita un'impresa mutualistica, ma lo è perché, esercitando una impresa mutualistica, assume quella data struttura organizzativa, e cioè una organizzazione basata sulla variabilità del capitale.
Ciò non significa che lo **scopo mutualistico** non rilevi nella disciplina della società cooperativa: esso, pur non toccando l'essenza della società, costituisce pur sempre il presupposto necessario per l'adozione di questa forma organizzativa.
L'art. 2545, comma 2, prevede che l'attività sociale deve essere svolta esclusivamente con i soci, ed il mancato perseguimento dello scopo mutualistico conduce alla liquidazione coatta della cooperativa.
Lo **scopo mutualistico** indubbiamente influisce sulla struttura organizzativa della società cooperativa, importandone alcuni atteggiamenti. Esso caratterizza la società cooperativa sotto i seguenti profili:

A. In quanto la **partecipazione alla società** si determina essenzialmente in considerazione delle identità dei bisogni dei partecipanti e della possibilità di una soddisfazione di essi attraverso lo svolgimento dell'attività sociale.
   Importante è la **posizione personale del socio**, e la società normalmente si crea tra persone appartenenti ad una stessa categoria professionale o sociale.
   Lo scopo mutualistico si sostanzia nel fatto che l'attività esterna riguarda gli stessi soci, e questi vengono ad assumere una duplice veste:
   - Di soci dell'attività sociale.
   - Di destinatari dell'attività sociale.

   È naturale che essi trovarsi in una stessa situazione, quella di consumatori di beni o di servizi, di soggetti esposti a determinati rischi, di lavoratori.
   Le persone che si trovano nella stessa situazione e che hanno gli stessi bisogni da soddisfare sono un numero indeterminato: il gruppo sociale non è un cerchio chiuso, come nelle società ordinarie, ma è un'entità mutevole per l'adesione di nuovi soci o per l'uscita dei soci preesistenti.
   La cooperativa comunque è un fatto di **soci attuali** e non anche un fatto riguardante un gruppo di persone più ampio, quelle appartenenti alla categoria.
   Talora, come avviene nelle cooperative edilizie, si tratta di enti che riguardano un numero fisso e predeterminato di soci; normalmente il contratto è aperto e consente l'adesione di nuovi soci, così come consente l'uscita di quelli attuali. Ma anche in questa seconda ipotesi, le differenze rimangono nette.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nella cooperativa il patrimonio dell'organizzazione collettiva:

- È patrimonio delle persone che in un dato momento ne fanno parte;
- Deve servire alla realizzazione degli scopi di queste persone.

L'ammissione di nuovi soci risulta essere in funzione all'apporto. La legge prevede la sottoscrizione di una quota di capitale che può essere diversa da socio a socio; inoltre, stabilisce che in caso di ammissione di un nuovo socio quest'ultimo debba versare, oltre alla quota di capitale sottoscritta, il sovrapprezzo eventualmente determinato dall'assemblea in sede di approvazione del bilancio su proposta degli amministratori.

In caso di morte, di esclusione o di recesso del socio è necessaria la liquidazione della quota, che si determina sulla base del bilancio dell'esercizio in cui tali vicende si sono verificate e che comprende anche il sovrapprezzo.

Le associazioni regolate nel libro primo del codice civile possono essere considerate come organismi di categoria. Essendo funzione dell'organizzazione collettiva quella di prestare un determinato servizio ai propri associati

B. In quanto la **parità di posizione** che sussiste tra i soci di fronte ai bisogni da soddisfare si riverbera all'interno della società importando l'attribuzione ai singoli soci di uguali poteri, qualunque sia il loro apporto;
C. In quanto **si prevede una limitazione** nella parte del capitale che ciascun socio può possedere.

Lo statuto particolare delle società cooperative

Il fenomeno cooperativo è considerato dallo stato con particolare favore.

La nostra Costituzione (art. 45) riconosce esplicitamente la **funzione sociale della cooperazione** a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e si propone di promuoverne e favorirne l'incremento con i mezzi più idonei.

Particolari agevolazioni tributarie sono accordate alla società cooperativa purché lo scopo mutualistico si rilevi con determinati caratteri.

I requisiti mutualistici si presumono sussistere agli effetti tributari, quando nello statuto sia previsto il divieto di distribuzione di dividendi in misura superiore all'interesse legale sul capitale versato.

Sono queste le ragioni che hanno spinto il legislatore a differenziare le società cooperative a seconda che la mutualità risulti o meno prevalente, ed a limitare alle prime l'applicazione delle disposizioni fiscali di carattere agevolativo previste dalle leggi speciali.

Il fenomeno cooperativo viene assoggettato alla **vigilanza della pubblica autorità**. La vigilanza sulle cooperative è stata assegnata al Ministero delle attività produttive, salvo per quanto riguarda:

- Le banche cooperative, per le quali la vigilanza è demandata alla Banca d'Italia;
- Le cooperative di assicurazioni, per le quali è demandata al Ministero delle attività produttive dell'IVASS.

È prevista l'iscrizione delle cooperative nell'**albo delle società cooperative** in una delle due sezioni di cui esso si compone, a seconda che si tratti di società cooperative a mutualità prevalente o non prevalente.

Tale iscrizione entra a far parte della definizione stessa della società cooperativa, ma assume un valore costitutivo soltanto con riferimento alle cooperative a mutualità prevalente.

Nel medesimo albo deve poi essere depositato:

- L'accordo di partecipazione al c.d. Gruppo cooperativo paritetico;
- Il contratto di coesione diretto a regolare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle società appartenenti al gruppo bancario cooperativo.

L'iscrizione nell'albo nazionale degli enti cooperativi è diretta a fini meramente anagrafici.

Le **disposizioni fondamentali sulle le società cooperative** sono presenti all'interno di un codice completamente innovato rispetto al testo originario in occasione della riforma organica, nel capo quarto del D.L.C.P.S n. 1577 del 1947: data peraltro la grande varietà di tipi, e date le diverse esigenze di ciascuno, le disposizioni del codice sono integrate da numerose leggi speciali.

Le cooperative giornalistiche sono regolate dalla legge 5 agosto 1981 n. 416.

Le cooperative sociali sono regolate dalla legge 8 novembre 1991 n.381.

Le banche cooperative (nelle due forme di banche popolari e di banche di credito cooperativo) sono regolate dagli artt. 28 e segg. T.u.b.

Le banche popolari non possono avere un attivo superiore a otto miliardi di euro: nel caso in cui il superamento di tale limite si sia protratto per oltre un anno, deve essere deliberata la trasformazione in società per azioni o lo scioglimento.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le società cooperative sono soggette a particolari **controlli** preventivi e successivi: il normale organo di **vigilanza**, salvo che per il settore bancario e assicurativo, è il Ministero delle attività produttive, a cui spetta in via esclusiva l'accertamento dei requisiti mutualistici.

La vigilanza si esercita, secondo quanto previsto dal D.lgs. n. 220 del 2002 attraverso:

- Le revisioni cooperative finalizzate essenzialmente ad accertare la natura mutualistica dell'ente;
- Le ispezioni straordinarie dirette a verificare l'osservanza delle disposizioni legali e statutarie, la sussistenza dei requisiti richiesti per il godimento di agevolazioni, la regolarità del funzionamento amministrativo e contabile e dello svolgimento delle attività promosse o assunte dall'ente.

La cadenza delle revisioni cooperative è in via di principio biennale. Le ispezioni straordinarie sono effettuate a campione.
In caso di irregolare funzionamento della cooperativa può essere nominato dall'autorità di vigilanza un commissario, al quale possono anche essere conferiti per determinati atti poteri di assemblea.
La nomina del commissario non rende possibile l'eventuale denuncia al tribunale per i medesimi fatti.

Può essere disposto lo **scioglimento** di autorità e la **liquidazione coattiva** della società nei casi in cui:

- La cooperativa non persegua lo scopo mutualistico;
- Non sia in grado di realizzare gli scopi sociali;
- Sia stata inattiva per due anni.

Le procedure di liquidazione coatta amministrativa degli enti cooperativi sono regolate dalla legge 17 luglio 1975 n. 400, in termini sostanzialmente corrispondenti a quelli dettati dalla legge fallimentare.

Struttura e tipi di società cooperative

Le **società cooperative** costituiscono una categoria di società che si differenzia sia dalle società di persone sia dalle società di capitali, essendo l'organizzazione sociale costituita insieme su base personale e su base capitalistica.

L'organizzazione delle cooperative è ricalcata su quella delle **società di capitali**: le lacune della disciplina codicistica delle società cooperative sono colmate attraverso l'applicazione delle disposizioni sulle società per azioni.

L'art. 2515 prevede che le cooperative, come le società di capitali, acquistano personalità giuridica e hanno una denominazione sociale, purché contenga la indicazione di società cooperativa.

L'art. 2518 prevede che in tutte le società cooperative, per le obbligazioni sociali risponde soltanto il patrimonio sociale e la relativa disciplina deve essere integrata da quella delle società per azioni.

L'art. 2519 prevede che l'atto costitutivo delle società cooperative di dimensioni più ridotte (numero di soci inferiore a 20) può però prevedere che trovino applicazione, nei limiti della compatibilità, le disposizioni in materia di società a responsabilità limitata.

Sotto il **profilo organizzativo**, le società cooperative si distinguono tra:

- Cooperative per azione;
- Cooperative a responsabilità limitata (cioè per quote).

Sotto il profilo dell'**attività**, le società cooperative si distinguono tra:

- Società cooperative a mutualità prevalente (le quali sono soggette ad agevolazioni fiscali). Per esse l'iscrizione nell'apposito albo, presso il quale devono essere depositati annualmente i bilanci della società, è requisito necessario per l'applicazione della relativa disciplina.
- Società cooperative a mutualità non prevalente.

La legge individua diverse condizioni di prevalenza concernenti i destinatari della provenienza dei fattori, produttivi, tanto personali quanto reali: in particolare, la qualifica di cooperative a mutualità prevalente è riservata a quelle iscritte nell'albo

- Che svolgono la propria attività prevalentemente a favore dei soci, siano essi consumatori o utenti di beni o servizi.
- A quelle che si avvalgono prevalentemente del lavoro dei soci.
- A quelle che impiegano prevalentemente apporti di beni o servizi dei soci.

La prevalenza viene individuata sulla base dei parametri analiticamente indicati dalla legge, riguardanti:

- I ricavi delle attività.
- Il costo del lavoro.
- Il costo della produzione dei beni e servizi ricevuti dai soci.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Lo statuto delle cooperative a mutualità prevalente deve contenere clausole che prevedano **limiti**:

- Alla distribuzione dei dividendi;
- Alla distribuzione delle riserve dei soci cooperatori;
- Alla remunerazione degli strumenti finanziari.

Inoltre, prevedono l'obbligo, in caso di scioglimento della società, di devolvere l'intero patrimonio, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai **fondi mutualistici** per la promozione e lo sviluppo della cooperazione costituiti ai sensi dell'art. 12 della legge n. 59 del 1992.

Il mancato rispetto della condizione di prevalenza comporta la perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente: la società deve comunicare tale circostanza all'amministrazione presso la quale è tenuto l'albo delle società cooperative, affinché provveda a variare la sezione di iscrizione e ad assegnarla all'amministrazione finanziaria, a pena della sanzione amministrativa della sospensione dell'attività.

In questi casi il valore effettivo dell'attivo patrimoniale deve essere imputato a riserve indivisibili, che non possono essere distribuite tra i soci nemmeno in caso di scioglimento della società.

La cooperativa a mutualità prevalente non può trasformarsi in società lucrativa né in consorzio: tale possibilità è invece consentita alle cooperative a mutualità non prevalente, purché siano state sottoposte a revisione nell'anno precedente. Esse sono tuttavia tenute, in tal caso, a devolvere il valore effettivo del patrimonio secondo modalità analoghe a quelle previste per lo scioglimento delle cooperative a mutualità prevalente.

Caratteri differenziali rispetto alle società di capitali: la variabilità del capitale sociale

Le cooperative si distinguono rispetto alle società di capitali:

- Sia in funzione della **variabilità del capitale**, che è loro caratteristica;
- Sia in funzione della **rilevanza che assume la persona del socio** nell'organizzazione giuridica, anche quando la partecipazione sociale sia rappresentata da azioni.

Per la variabilità del capitale sociale non si applicano alle cooperative le norme che stabiliscono la formazione di un capitale minimo per la costituzione e l'esistenza della società.

Tutte queste norme non possono funzionare a causa della mancanza del necessario punto di riferimento, in quanto il capitale sociale non è determinato in un ammontare prestabilito, ma dipende essenzialmente dal numero e dell'entità della partecipazione dei singoli soci.

La variabilità del capitale consente di comprendere, da un lato, come il suo aumento possa prescindere da una modificazione statuaria; dall'altro, come le riserve o i ristorni possano essere ripartiti mediante aumento proporzionale delle rispettive quote o emissione di nuove azioni.

La legge sopperisce alla esigenza della costituzione di un nucleo patrimoniale adeguato attraverso una pluralità di strumenti. In particolare si richiede:

a) Un **numero minimo di soci**, stabilendo in generale che non possa essere inferiore a 9 e che, qualora scenda al di sotto di tale minimo, esso debba venire reintegrato nel termine massimo di un anno, trascorso il quale la società si scioglie e deve essere posta in liquidazione;
b) Un **ammontare minimo della partecipazione**. Il valore nominale delle quote o delle azioni di società cooperative non può essere inferiore a 25 euro e quello delle azioni non può essere superiore a 500 euro.

L'art. 2545 impone che almeno il 30% degli utili netti annuali sia destinato a riserva legale qualunque sia l'ammontare da questa raggiunto.

La rilevanza della persona del socio

La **persona del socio** è rilevante sotto una molteplicità di aspetti.

La partecipazione alla cooperativa presuppone la ricorrenza di determinati **requisiti soggettivi**, diversi a seconda del diverso oggetto della società, ma che in definitiva consistono nell'appartenenza alla categoria delle persone direttamente interessate all'esercizio dell'attività sociale.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'art. 2527 demanda all'atto costitutivo di stabilire i requisiti di ammissione dei nuovi soci e la relativa procedura secondo criteri non discriminatori coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta, escludendo che alla società possano partecipare coloro che esercitano in proprio imprese in concorrenza con quella della cooperativa.
L'ingresso di un nuovo socio non può attuarsi senza la previa verifica del possesso dei requisiti prescritti.
L'art. 2528 prevede che gli amministratori sono chiamati a deliberare l'ammissione dei nuovi soci.
L'art. 2530 prevede che gli amministratori possono autorizzare la cessione della quota o delle azioni.
L'atto costitutivo può anche prevedere una categoria speciale di soci cooperatori, il cui numero non superi un terzo del totale dei medesimi soci cooperatori.

L'interesse del socio all'attività consente che la sua remunerazione possa avvenire tramite:

- La **divisione degli utili** da essa prodotti;
- La **ripartizione dei ristorni**, cioè dei vantaggi derivanti dagli scambi mutualistici.

L'atto costitutivo della società cooperativa deve inoltre contenere le regole per la ripartizione degli utili e le modalità e la percentuale massima di ripartizione dei dividendi tra i soci cooperatori.

L'art. 2525 prevede che la partecipazione del socio persona fisica al capitale della società non può superare l'ammontare massimo di centomila euro, anche nel caso in cui il capitale sociale sia suddiviso in azioni.

Tale limite può essere innalzato fino al 2% del capitale dall'atto costitutivo di società cooperative con più di 500 soci, e comunque non si applica per quanto riguarda i soci diversi dalle persone fisiche.

L'art. 2538 prevede che i **poteri sociali** sono in via di principio attribuiti al socio cooperatore in quanto tale e prescindono dall'ammontare della sua partecipazione al capitale della società.
La **morte del socio** e le sue **vicende personali** si riverberano sulla partecipazione sociale:

- La prima importa la liquidazione della quota o il rimborso delle azioni agli eredi sulla base del bilancio dell'esercizio in corso, a meno che l'atto costitutivo non preveda che gli eredi provvisti dei requisiti per l'ammissione alla società subentrino nella partecipazione del socio deceduto;
- Alle seconde consegue la facoltà di esclusione del socio dalla società.

Gli artt. 2531 e 2533 c.c. prevedono che lo scioglimento del rapporto determina anche la risoluzione dei rapporti mutualistici pendenti, salvo diversa previsione statutaria.

Gli strumenti finanziari. I soci finanziatori

La vigente disciplina ha esteso alla cooperativa la possibilità di **emettere strumenti finanziari** e **altri titoli di debito**: l'emissione degli strumenti finanziari è subordinata ad una previsione dell'atto costitutivo, che deve provvedere anche a stabilire il contenuto di tali diritti e le eventuali condizioni cui è sottoposto il loro trasferimento.
A differenza di quanto avviene nelle società per azioni, nelle quali i sottoscrittori di strumenti finanziari assumono in ogni caso la posizione di terzi, e cioè di creditori, e non quella di soci, nelle società cooperative si deve distinguere:

- I possessori di strumenti finanziari privi di diritti di amministrazione sono estranei alla compagine sociale;
- I possessori di strumenti forniti di diritti di amministrazione e del diritto di voto devono considerarsi come veri e propri soci.

Per indicare i possessori di strumenti finanziari siffatti l'art. 2526 c.c. utilizza il termine di **soci finanziatori**, che si contrappongono allora ai **soci cooperatori**, titolari invece di azioni o di quote.
Essi si distinguono per il fatto che:

- Per i primi non operano né limiti di partecipazione, né i requisiti previsti per i secondi;
- Il riconoscimento di diritti di voto ai soci finanziatori è circoscritto dalla legge entro un determinato ambito:
    1. Non può essere riconosciuto loro più di 1/3 dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti.
    2. Non può essere riconosciuto loro di eleggere più di 1/3 dei componenti dell'organo di amministrazione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le cooperative soggette alla disciplina della società a responsabilità limitata possono invece emettere soltanto **strumenti privi di diritti di amministrazione**, che possono essere offerti in sottoscrizione esclusivamente a investitori istituzionali, finendo con ciò per assumere una configurazione analoga ai titoli di debito di società a responsabilità limitata disciplinati dall'art. 2483.

Costituzione e organizzazione della società

Il **procedimento di costituzione della società** previsto dall'art. 2523 è ricalcato su quello della società per azioni ed è caratterizzato dalle seguenti fasi:

- Stipula dell'atto costitutivo;
- Deposito e conseguente iscrizione della società nel registro delle imprese.

L'**atto costitutivo** deve contenere, oltre alle indicazioni richieste per l'atto costitutivo di società per azioni: l'indicazione specifica dell'oggetto sociale; i requisiti e le condizioni per l'ammissione dei soci; le regole per la ripartizione degli utili e la forma di convocazione dell'assemblea.

Anche l'**organizzazione giuridica della società** è ricalcata su quella della società per azioni, se l'atto costitutivo non prevede l'applicazione delle norme sulla società a responsabilità limitata.

Gli **organi sociali** sono:

- L'assemblea;
- Gli amministratori;
- Il collegio sindacale.

Le norme sulla nomina e sul funzionamento degli organi sociali sono quelle della società per azioni.

A. Per quanto riguarda il voto nelle **assemblee**, opera in linea di principio la regola "*una testa, un voto*", e si prescinde quindi dalla misura della partecipazione al capitale sociale: ciascun socio, che risulti iscritto da almeno 3 mesi nel libro dei soci, ha diritto ad un voto qualunque sia il valore della sua quota o il numero delle azioni. Tale regola opera nella sua pienezza con riferimento ai soci cooperatori, e può essere derogata ove la partecipazione sia caratterizzata da finalità diverse o comunque ulteriori.
   Le maggioranze, determinate dall'atto costitutivo, vengono calcolate sulla base del numero dei voti spettanti ai soci e non del capitale. La legge dispone che. con riferimento alle società cooperative con azioni quotate, le percentuali di capitali devono essere applicate istituendo un rapporto con il numero complessivo dei soci.
   L'art. 2539 prevede che il voto deve essere esercitato personalmente o attraverso un altro socio, il quale tuttavia non può rappresentare nell'assemblea più di dieci soci: solo il socio imprenditore individuale può farsi rappresentare da non soci, purché si tratti di familiari che collaborino all'impresa.
   L'atto costitutivo può inoltre prevedere la **riunione di assemblee separate** anche rispetto a specifiche materie o in presenza di particolari categorie di soci: lo svolgimento di assemblee separate è obbligatorio per le cooperative che superino determinati limiti dimensionali.
   Le assemblee separate deliberano sulle materie poste all'ordine del giorno e inviano i delegati all'assemblea generale. I delegati devono essere scelti tra i soci, e partecipano all'assemblea generale secondo le modalità indicate nell'atto costitutivo, in modo da assicurare la proporzionale rappresentanza delle minoranze espresse nelle assemblee separate. Dovendo le assemblee separate deliberare sulle materie che formeranno oggetto dell'assemblea generale, non vi può essere una diversità di contenuto tra l'ordine del giorno delle assemblee separate e di quelle generali. Le deliberazioni delle assemblee separate non possono essere autonomamente impugnate, eventuali vizi possono costituire causa di invalidità della deliberazione dell'assemblea generale.

B. La maggioranza degli **amministratori** deve essere scelta tra i soci cooperatori, o tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche. È possibile prevedere che essi siano scelti in proporzione alle diverse categorie di soci.
   La nomina dei primi amministratori è contenuta nell'atto costitutivo, mentre la nomina dei successivi spetta all'assemblea, ma l'atto costitutivo può attribuire il potere di nomina della minoranza degli amministratori allo Stato o ad enti pubblici, nonché riservare ai soci finanziatori il diritto di eleggere non più di 1/3 di essi, e ciò anche nel sistema dualistico.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Qualunque sia il sistema di amministrazione adottato, gli amministratori non possono delegare, oltre alle competenze nelle materie indicate dall'art. 2381 c.c., i poteri di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci e le decisioni che incidono sui rapporti mutualistici con i soci.

C. Anche l'**organo di controllo** è nominato dai soci: l'atto costitutivo può tuttavia attribuire il diritto di voto nell'elezione dell'organo di controllo.
Il **collegio sindacale** è organo necessario nelle cooperative soggette alla disciplina della società a responsabilità limitata nei casi previsti dall'art. 2477 c.c., ovvero qualora siano stati emessi strumenti finanziari non partecipativi, cioè titoli di debito.
Tutti i componenti del **consiglio di sorveglianza** devono essere scelti tra i soci cooperatori o tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche.
La struttura organizzativa della società prevede anche la presenza di un ulteriore organo: il **collegio dei probiviri**, al quale è demandata la risoluzione delle controversie tra società e soci o tra soci purché attinenti al rapporto sociale.

Al collegio dei probiviri è demandato il riesame dei provvedimenti adottati dagli altri organi sociali, il provvedimento adottato dal consiglio di amministrazione o dall'assemblea diventa definitivo soltanto nel caso in cui non sia stato richiesto l'intervento dei probiviri, o nel caso in cui sia stato richiesto solo dopo la loro pronuncia.

Variazioni nelle persone dei soci

Particolare rilievo assumono nelle società cooperative le **variazioni delle persone dei soci**. Queste variazioni possono dipendere:

- Dalla sostituzione di una persona all'altra a causa della cessione della quota o delle azioni;
- Dall'ingresso di un socio nella società;
- Dall'uscita di un socio o dalla morte di questo.

Queste variazioni non importano modificazioni all'atto costitutivo.

L'ingresso e l'uscita di un nuovo socio, salvo il caso di morte, si attuano in conseguenza di un'apposita deliberazione degli amministratori. È loro compito, a seconda dei casi:

a) Autorizzare il trasferimento della partecipazione. In questa ipotesi, il consenso degli amministratori può risultare anche da un meccanismo di silenzio-assenso: qualora esso sia negato, il socio può fare opposizione al tribunale;
b) Pronunciarsi sulla domanda di ammissione di un nuovo socio. La deliberazione di rigetto deve essere motivata, e l'interessato può chiedere che su di essa si pronunci l'assemblea.
c) Accertare i presupposti del recesso e dell'esclusione, salvo che l'atto costitutivo non attribuisca tale competenza all'assemblea. Anche nei confronti della deliberazione degli amministratori che neghi la presenza dei presupposti per il recesso, come pure di quella che accerti i presupposti dell'esclusione, il socio è legittimato a proporre opposizione.

Tanto il **recesso** quanto l'**esclusione** si ripercuotono sui rapporti mutualistici tra socio e società: in mancanza di diversa disposizione dell'atto costitutivo:

- Il recesso ha effetto con la chiusura dell'esercizio in corso o di quello successivo;
- L'esclusione, e più in generale lo scioglimento del rapporto sociale, determina anche la risoluzione dei rapporti mutualistici pendenti.

L'**uscita del socio** comporta la liquidazione della sua quota sulla base del bilancio dell'esercizio nel corso del quale l'uscita è avvenuta e secondo i criteri stabiliti nell'atto costitutivo.
La legge prevede anche il rimborso del sovrapprezzo versato al momento della costituzione della società qualora sussista nel patrimonio della società e non sia stato destinato ad aumento gratuito del capitale funzionale o alla assegnazione di riserve divisibili.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Modificazioni dell'atto costitutivo. Scioglimento della società

Le **modificazioni dell'atto costitutivo** sono regolate per le società cooperative dalle norme sulle assemblee delle società per azioni o della società a responsabilità limitata: la legge si limita ad un semplice richiamo alla disposizione dell'art. 2436 c.c., relativa al deposito e all'iscrizione della relativa deliberazione.

Tuttavia, qualche rilievo è necessario:

- Da un lato, l'**ammissione di nuovi** soci ai sensi dell'art. 2528 c.c., pur comportando un aumento di capitale, non importa modificazione dell'atto costitutivo.
- Dall'altro lato, talune **modificazioni** dell'atto costitutivo assumono nelle società cooperative un rilievo notevolmente diverso da quello che assumono nelle società ordinarie. La modificazione dell'oggetto dell'attività sociale incide infatti, oltre che sul rapporto sociale, sul rapporto esterno che con questo si combina.
    - Nella società ordinaria si può modificare l'oggetto della società senza che venga meno l'interesse del socio alla partecipazione sociale;
    - Nelle società cooperative questo è estremamente difficile se non addirittura impossibile.

Lo **scioglimento della società** si attua per le stesse cause stabilite per le società di capitali, ossia:

- Per perdita totale del capitale sociale;
- Per riduzione del numero dei soci al di sotto del minimo;
- Per provvedimento dell'autorità di vigilanza.

Identici sono gli effetti che allo scioglimento conseguono. La sola **caratteristica** è che i beni residui, oltre ad avere come destinatari i soci, possono essere devoluti a fini mutualistici secondo le previsioni di legge o dell'atto costitutivo.

La legge o lo statuto possono in particolare prevedere la formazione di riserve che non possono essere ripartite tra i soci nemmeno in sede di liquidazione della società, e anzi gli statuti di cooperative a mutualità prevalente devono contenere clausole che impongano la devoluzione dell'intero patrimonio sociale, dedotti soltanto il capitale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

L'autorità di vigilanza può sostituire i liquidatori nel caso in cui si verifichino irregolarità o eccessivo ritardo nello svolgimento delle operazioni di liquidazione ordinaria, o può chiedere all'autorità giudiziaria la sostituzione nel caso in cui i liquidatori siano stati nominati da questa.

Le società mutue di assicurazione

Nella categoria delle società mutualistiche assumono una posizione particolare e differenziata le società mutue di assicurazione, e cioè le mutue assicuratrici a quota fissa.

Le mutue assicuratrici si sogliono classificare in:

- Mutue a ripartizione, nelle quali i partecipanti assumono l'obbligo di contribuire *pro quota* al pagamento dell'indennità di assicurazione;
- Mutue a quota fissa, nelle quali si ha invece la costituzione di un fondo sociale mediante conferimenti determinati fin dall'inizio o invece variabili.

La particolarità non consiste nella specialità dell'oggetto sociale, ma consiste nell'intimo collegamento che si attua tra rapporto sociale e rapporto di assicurazione, per cui questo altro non rappresenta che un aspetto di quello. Dunque:

- Nelle **normali cooperative**, la partecipazione alla società e il rapporto che ne consegue sono distinti dal rapporto attraverso il quale questo scopo mutualistico si realizza;
- Nelle **mutue assicuratrici**, la realizzazione dell'intento mutualistico si attua immediatamente per effetto della stessa partecipazione sociale, essendo presupposto dell'acquisto della qualità di socio l'assicurazione presso la società.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Principio è che la qualità di socio non si acquista se non assicurandosi presso la società, e si perde con l'estinguersi dell'assicurazione.
Sicché non si partecipa alla società per porre in essere con questa un determinato rapporto giuridico, ma si pone in essere con questa un determinato rapporto giuridico per acquistare la qualità di socio.

Pur essendo necessario il collegamento fra rapporto sociale e rapporto di assicurazione, si tratta comunque di rapporti distinti, ciascuno dei quali è soggetto alla disciplina che gli è propria.

Il collegamento che esiste tra **rapporto sociale** e **rapporto di assicurazione** non è tuttavia portato alle conseguenze estreme; per quanto normalmente gli assicurati siano soci e i soci siano assicurati, non vi è assoluta necessità che questo avvenga.
La stessa legge ammette che l'atto costitutivo preveda la possibilità di esistenza della categoria dei **soci sovventori**, accanto alla categoria dei **soci assicurati**, e cioè la possibilità di soci che non siano legati alla società da rapporti di assicurazione; ma intende che ciò avvenga al limitato fine di costituire fondi di garanzia per il pagamento dell'indennità e dispone che questi soci nell'amministrazione della società e nell'assemblea abbiano una influenza limitata e in ogni caso subordinata a quella dei soci assicurati.

Così è stabilito che i voti dei soci sovventori siano in ogni caso inferiori al numero dei voti spettanti ai soci assicurati; così è stabilito che, pur potendo i soci sovventori essere nominati amministratori, la maggioranza degli amministratori sia costituita da soci assicurati.

La legge pone il **rapporto di assicurazione** come presupposto del rapporto sociale, ma non anche questo come presupposto di quello: nulla vieta pertanto che l'esercizio dell'attività assicurativa si attui anche al di fuori del ristretto ambito dei soci, e cioè che vi siano assicurati non soci.

La società mutua di assicurazione ha in comune con le altre società lo scopo lucrativo, cioè la divisione dei guadagni.

La legge non dà per le mutue assicuratrici una disciplina particolare, limitandosi a richiamare le disposizioni poste per le cooperative, in quanto compatibili con la loro natura, precisando che la vigilanza su di esse si attua a norma della legge sull'esercizio delle assicurazioni.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo V
Trasformazione, fusione e scissione

Premessa

Il potere di autonomia riconosciuto alla società può essere esercitato nel senso di mutare tipo di organizzazione sociale originariamente adottato o di annullare l'autonomia dell'organizzazione sociale, confondendola in un'organizzazione più ampia già esistente o nuova, o ancora di frazionare l'organizzazione originaria in più distinte organizzazioni, anch'esse già esistenti o nuove.

- Il passaggio di una società da un tipo all'altro di organizzazione sociale si designa come **trasformazione della società**;
- La compenetrazione in un'unica organizzazione sociale di più organizzazioni autonome si designa come **fusione delle società**;
- Il frazionamento dell'organizzazione sociale in più distinte organizzazioni si designa come **scissione.**

Caratteri comune ai tre istituti sono il fatto che:

- Il mutamento di tipo o la compenetrazione o il frazionamento si attuano in conseguenza di un negozio corporativo, e cioè di un negozio che opera sull'organizzazione sociale e che di riflesso si riverbera sulla posizione dei soci e sul patrimonio delle società;
- Si tratta di vicende che riguardano una riorganizzazione dell'impresa: perciò tutte consentono un mutamento delle sue stesse basi organizzative senza soluzione di continuità, senza quindi la dispersione di valori che si avrebbe qualora fosse necessario procedere alla loro estinzione e ad una successiva nuova costituzione.

La **trasformazione** incide sull'organizzazione di una singola società, ponendola su nuove basi, e cioè su quelle che sono caratteristiche del nuovo tipo prescelto: la modificazione è pertanto l'effetto di una decisione dei soci portante modificazione dell'atto costitutivo. Essa ora può avvenire anche al di fuori dello stesso ambito societario:

- È possibile addivenire, attraverso una modificazione dell'ordinamento sociale denominata trasformazione eterogenea, al passaggio da una società di capitali ad una forma non societaria di esercizio dell'impresa o a una società cooperativa;
- Viceversa, ciò che permette di indicare in termini di trasformazione omogenea quella che si risolve nel passaggio dall'uno all'atro tipo di società lucrativa.

La **fusione** può attuarsi in due modi:

- Mediante la compenetrazione di più società in una nuova organizzazione;
- Mediante l'assorbimento di una organizzazione da parte di altra preesistente che continua a sussistere.

Essa riguarda necessariamente l'organizzazione di più società e in ciascuna di esse si determina una modificazione che può essere uguale o diversa. La decisione dei soci delle singole società è pertanto presupposto necessario, ma non sufficiente: è **necessario** altresì un atto intersoggettivo, l'atto di fusione, nel quale tali decisioni trovino il loro punto di contatto e la loro esecuzione.

La **scissione** riguarda necessariamente più società, quella che si scinde e le altre beneficiarie, preesistenti o costituite contestualmente alla scissione. Mediante la scissione, una società:

- Assegna tutto il patrimonio a più società (**scissione totale**);
- Assegna parte del proprio patrimonio a una o più società (**scissione parziale** o **scorporazione**),

e le relative o quote ai suoi soci.

In tutti i casi, gli effetti caratteristici che si producono in ordine alla posizione dei soci e in ordine al patrimonio sociale costituiscono la **conseguenza del nuovo ordinamento** che la nuova o le nuove società si sono date.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge provvede a facilitare l'adozione di siffatte modificazioni dell'ordinamento sociale da parte delle società di persone: se l'atto costitutivo non preveda altrimenti, le decisioni di trasformazione in società di capitali, di fusione e di scissione di società di persone non richiedono il consenso di tutti i soci, ma solo della maggioranza di costoro determinata secondo la parte attribuita a ciascuno degli utili, salvo il diritto di recesso per il socio che non abbia concorso o consentito alla decisione.
Le relative decisioni da parte di società di capitali sono invece adottate secondo le norme, legali o statuarie, previste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto.
Una maggioranza rafforzata, pari al voto favorevole dei 2/3 degli aventi diritto, è invece richiesta per la trasformazione eterogenea di società di capitali, mentre quella in società di capitali è assunta sulla base di presupposti diversi a seconda dell'ente che vi addivenga.
Per la trasformazione eterogenea di società cooperativa si richiede in via di principio il voto favorevole di almeno la metà dei soci.

La trasformazione: ambito di applicazione dell'istituto

La **trasformazione** è possibile anche quando il nuovo tipo sia assolutamente diverso da quello originario, anzi anche quando il passaggio coinvolge organizzazioni non societarie, attraverso, in particolare, la trasformazione eterogenea.
La trasformazione eterogenea può comportare il passaggio:

- Da società di capitali in consorzi, società consortili, comunioni di azienda e fondazioni;
- Viceversa, il passaggio da società di capitali in associazioni non riconosciute e da associazioni riconosciute in società di capitali.

Alla disciplina della trasformazione eterogenea è anche soggetta la trasformazione di società di capitali in **società cooperativa**, mentre la trasformazione da società cooperativa a società lucrativa è ammessa soltanto per le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente.
Nel **settore bancario** è presente una deroga al divieto di trasformazione in società lucrative di società cooperative a mutualità prevalente: si ammette infatti la trasformazione di banche popolari in società per azioni, purché autorizzata dalla Banca d'Italia.
La trasformazione è addirittura imposta, in alternativa alla liquidazione, per le banche popolari che presentino, per più di un anno, un attivo superiore a 8 miliardi di euro e per le banche di credito cooperativo recedute o escluse da un gruppo bancario cooperativo.

La disciplina

Il sistema originario del codice considerava essenzialmente la trasformazione di società di persone (commerciali) in società di capitali.
Ora si è provveduto a regolare altresì l'ipotesi inversa, quella cioè di società di capitali in società di persone, e prima ancora a dettare una disciplina unitaria, applicabile a tutte le trasformazioni.
La **pubblicità** riveste, al riguardo, una portata particolarmente significativa, al contempo costitutiva e sanante: non solo, infatti, l'atto di trasformazione diviene efficace solo nel momento in cui è stato effettuato l'ultimo di tali adempimenti pubblicitari, ma da tale momento risulta preclusa la possibilità di pronunciare l'invalidità di tale atto, salvo l'eventuale diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla trasformazione.
La trasformazione può importare il passaggio da un tipo di società in cui vi sono soci illimitatamente responsabili a un tipo di società in cui per le obbligazioni sociali risponde soltanto il patrimonio della società, ovvero da un tipo di società nella quale i soci non rispondono per le obbligazioni sociali a uno in cui alcuni o tutti i soci sono illimitatamente responsabili.
Entrambe le ipotesi sono adesso espressamente considerate dalla legge:

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

a) In relazione alla prima, l'art. 2500 c.c. pone il principio secondo il quale la trasformazione non importa eliminazione della responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sorte antecedentemente all'attuazione della pubblicità. Ciò perché la trasformazione ha effetto *ex nunc*;
b) In relazione alla seconda, si richiede il consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata, la quale peraltro si estende anche alle obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione. Le motivazioni e gli effetti della trasformazione di società di capitali devono poi essere illustrati da una **relazione** predisposta dagli amministratori, la quale deve essere depositata in copia presso la sede sociale nei 30 giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione affinché i soci possano prenderne visione.

L'art. 2498 prevede che anche quando la trasformazione della società comporti l'acquisto della personalità giuridica, non si ha trapasso del patrimonio sociale: anche in tal caso, infatti, la società, oltre a proseguire in tutti i rapporti sostanziali e processuali già instaurati, **conserva** i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione. La società infatti rimane identica anche se l'ordinamento giuridico è mutato e la diversa posizione in cui il patrimonio si pone rispetto all'organizzazione sociale è soltanto un effetto riflesso della modificazione operata nell'organizzazione stessa.
Trasformazione significa che la società e l'impresa si pongono su nuove basi, dal che deriva una diversa posizione dei soci e una diversa situazione del patrimonio, ma questo porsi su nuove basi è l'effetto di un atto organizzativo interno, non anche di un atto di disposizione del patrimonio.
Appunto perché si tratta di una continuazione della società originaria su nuove basi, la posizione del socio nei confronti della società e degli altri soci non può essere modificata; è sulla base della posizione precedente che deve commisurarsi la posizione successiva del socio.

La fusione: caratteri e struttura

Nella **fusione** il fenomeno giuridico è più complesso. La compenetrazione di due o più gruppi sociali in un unico gruppo non può essere l'effetto di un atto di una singola società, ma è necessariamente l'effetto di un atto intersoggettivo. La fusione risulta pertanto di **due momenti essenziali**:

a) La decisione delle singole società che partecipano alla fusione;
b) L'atto di fusione tra le diverse società, con il quale si realizza nei rapporti tra le diverse società quell'ordinamento nuovo che si è già reso vincolante nei rapporti interni di ogni singola organizzazione mediante le decisioni dei soci.

Anche nella fusione si ha la **sostituzione** di un nuovo ordinamento sociale a quello preesistente; solo che in questo nuovo ordinamento confluiscono le varie organizzazioni sociali precedentemente autonome, e in definitiva i membri delle organizzazioni stesse e il loro patrimonio.
La società che risulta dalla fusione propriamente detta prosegue tutti i rapporti, anche processuali, analogamente a quanto disposto a proposito dell'ente trasformato, ma, a differenza di quest'ultimo, non conservano, ma assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione.
Anche qui si tratta peraltro di un **negozio corporativo**, il quale opera immediatamente sulle organizzazioni sociali, e soltanto di riflesso sulla posizione dei soci e sul patrimonio. La partecipazione alla società incorporante e la confusione dei patrimoni delle singole società sono conseguenza della compenetrazione in un unico organismo di organizzazioni diverse.
Si attua pertanto una **successione a titolo universale** della società incorporante o che risulta dalla fusione nel patrimonio delle società che, in conseguenza della fusione, perdono la loro autonomia.
Questa centralità del profilo organizzativo spiega inoltre l'esigenza che l'operazione si svolga tra organizzazioni comunque integre: la fusione è infatti preclusa alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo.
L'area di utilizzabilità dell'istituto della fusione è stata amplificata con la disciplina delle **fusioni** transfrontaliere adottata con il D.lgs. 30 maggio 2008, n. 108: la fusione cioè tra società appartenenti a Stati membri tra loro diversi.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il procedimento della fusione

La complessità stessa dei risultati che si perseguono con la **fusione** e la loro interferenza con gli interessi dei soci e dei terzi fanno sì che, in concreto, ad essi non si possa pervenire se non sulla base di una pluralità di atti ed adempimenti.

A. In particolare si prevede, quale atto iniziale del procedimento di fusione e momento essenziale per quanto concerne le sue condizioni economiche, la redazione da parte degli amministratori di un **progetto di fusione**, del quale la legge stabilisce il contenuto minimo. Esso deve indicare:
   a. L'assetto organizzativo della società risultante dalla fusione e ai diritti spettanti ai soci;
   b. Il rapporto di cambio delle azioni o quote, che determina la misura della partecipazione dei soci delle società partecipanti in quella incorporante o risultante dalla fusione: ciò consente di comprendere come nemmeno si ponga l'esigenza di determinare tale misura, venendo meno la stessa necessità di indicare il rapporto di cambio nel progetto di fusione.

   Il progetto deve essere depositato per l'**iscrizione nel registro delle imprese** o, in presenza di sufficienti garanzie di sicurezza, autenticità e certezza, sul **sito internet** della società: si richiede inoltre che uno o più esperti esprimano il loro parere sulla congruità del rapporto di cambio e sull'adeguatezza dei metodi seguiti per il suo calcolo.

   Gli esperti sono scelti tra i revisori legali dei conti o le società di revisione e, nel caso in cui la società incorporante o quella risultante dalla fusione sia una società azionaria, sono designati dal tribunale.

   La relazione degli esperti è volta a soddisfare esclusivamente le **esigenze informative** dei soci: si comprende pertanto che l'eventuale parere negativo degli esperti in ordine alla congruità del rapporto di cambio non vale di per sé ad impedire ai soci di decidere comunque la fusione.

   Ai fini di una più completa informazione dei soci e dei possessori di strumenti finanziari provvisti di diritto di voto di ciascuna società partecipante, gli amministratori devono anche redigere una situazione patrimoniale delle società, riferita ad una data non anteriore a centoventi giorni, e devono predisporre una relazione illustrativa del progetto di fusione.

   L'art. 2501-*bis* c.c. ha assegnato una particolare rilevanza alle esigenze informative dei soci nel caso in cui la fusione rappresenti il momento conclusivo di una più ampia operazione, la "*fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*" (o *merger leveraged buy out*), all'esito della quale i finanziamenti ottenuti da una società al fine di acquisire il controllo di un'altra società (c.d. società bersaglio) finiscono per essere garantiti o addirittura rimborsati con risorse provenienti non già dal proprio patrimonio, ma da quello della stessa società-bersaglio, con la quale la prima, proprio a questo scopo, decide di fondersi.

   La fusione pone problemi specifici che sono risolti dall'art 2501-*bis* c.c., il quale cerca di garantire la trasparenza e la correttezza dell'operazione. A tal fine:
   - Per un verso si arricchisce il contenuto tanto del progetto di fusione, quanto della relazione degli amministratori, in modo da fornire ai soci ulteriori informazioni relative al profilo delle risorse finanziarie che si intendono utilizzare al fine di soddisfare le obbligazioni che finiscono per gravare sulla società risultante dalla fusione;
   - Per altro verso si prevede che al progetto di fusione sia allegata una relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti della società-bersaglio o di quella acquirente e, soprattutto, si dispone che la relazione degli esperti prevista dall'art. 2051-*bis* c.c. deve attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione.
   - Si dispone inoltre l'inderogabilità della competenza dei soci a decidere la fusione e a decidere riguardo la redazione della relazione da parte degli esperti.

B. È consequenziale al valore formale riconosciuto al progetto di fusione che la legge individui nella sua approvazione il contenuto della **decisione** relativa alla fusione, adottata in via di principio dai soci: essa deve intervenire dopo almeno 30 giorni dall'iscrizione del progetto nel registro delle imprese, a meno che i soci, con consenso unanime, non abbiano rinunciato a tale termine. Ne risulta una accentuata valorizzazione del **ruolo degli amministratori** nell'intera operazione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'art. 2502 c.c. precisa che i **soci** che decidono in ordine alla fusione possono apportare solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci o dei terzi.
Il progetto di fusione deve essere redatto dagli amministratori delle società partecipanti all'operazione, il che richiede un'attività ad essi **comune** e quindi il riconoscimento dei precedenti contratti e trattative tra gli amministratori stessi.

Il ruolo degli amministratori nel procedimento di fusione può essere ancora più incisivo: gli art. 2505 e 2505-*bis* c.c. consentono infatti, nel caso di incorporazione di società posseduta almeno al novanta percento dall'incorporante, di affidare agli amministratori della società incorporante la competenza ad adottare la stessa decisione di addivenire alla fusione.

Adottate le decisioni di fusione e proceduto al loro deposito ed iscrizione ai sensi dell'art. 2502 c.c. si apre un'ulteriore fase volta alla **tutela dei creditori sociali**.
La necessità di tale tutela si spiega in quanto la confusione dei patrimoni che consegue alla compenetrazione degli organismi sociali può determinare una modificazione nelle garanzie che i creditori delle società hanno sul patrimonio di esse. Perciò la legge concede ad essi un diritto di **opposizione** nel caso in cui la fusione risulti pregiudizievole ai loro diritti.

L'art. 2503 c.c. dispone che la fusione non possa essere attuata se non decorsi 60 giorni dall'iscrizione delle decisioni di fusione e purché i creditori sociali il cui credito sia sorto anteriormente all'iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese non abbiano fatto opposizione in tale termine.

Il potere di opposizione spetta a tutti i creditori anteriori, e dunque anche agli obbligazionisti delle società partecipanti, salvo che la fusione sia approvata dall'assemblea di categoria:

- Ai possessori di obbligazioni convertibili deve essere concesso il diritto di conversione;
- A quelli che non lo abbiano esercitato, devono essere riconosciuti nei confronti della nuova società diritti equivalenti a quelli spettanti prima della fusione.

C. La **fusione** deve risultare da atto pubblico e si attua con la stipula dell'**atto di fusione**. Esso deve essere depositato per l'iscrizione, entro 30 giorni dalla stipula, a cura degli amministratori o del notaio rogante, presso l'ufficio del registro delle imprese del luogo ove è posta la sede della società incorporante o che risulta dalla fusione, non prima di essere stato depositato presso quello del luogo ove è posta la sede delle società che si estinguono per effetto della fusione.
L'atto di fusione ha effetto **estintivo e costitutivo**: le singole società che si fondono cessano di esistere come organizzazioni autonome e al tempo stesso sorge la nuova organizzazione giuridica. Automaticamente i soci delle società estintive diventano soci della società nuova o della società incorporante, e a essi vengono assegnate partecipazioni in misura corrispondente al rapporto di cambio indicato nel progetto di fusione; automaticamente, inoltre, il patrimonio delle società estinte viene a formare il patrimonio della nuova società o a far parte del patrimonio della società incorporante.
Per quanto riguarda il momento del **prodursi degli effetti** della fusione, esso si verifica al completamento degli adempimenti pubblicitari previsti per l'atto di fusione, e precisamente al momento dell'ultima delle iscrizioni nel registro delle imprese.

È però consentita una limitata retroattività degli effetti della fusione è infatti possibile stabilire date anteriori riguardo alla decorrenza del godimento dei diritti sociali ed alla imputazione contabile delle operazioni compiute dalle società partecipanti alla fusione. Gli interessi dei terzi possono invece essere pregiudicati nel caso in cui dalla fusione consegua anche un mutamento del tipo societario che importi una limitazione di responsabilità dei soci.

La complessità degli effetti risultanti dalla fusione spiega anche la rilevanza riconosciuta alla loro **stabilità**: l'art. 2404-*quarter* c.c. esclude la possibilità che l'invalidità dell'atto di fusione sia dichiarata dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese, che allora assume anche il valore di **pubblicità sanante**.
In questa prospettiva si spiega l'esigenza che l'atto di fusione sia stipulato per tutti i tipi societari, in **forma pubblica**. La definitività degli effetti della fusione presuppone infatti una qualche forma di controllo preventivo, come quello di legittimità che appartiene ai compiti del notaio rogante.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La scissione: caratteri e struttura

L'istituto della **scissione** è disciplinato dall'art. 2506 c.c., il quale comprende tra le forme di scissione consentite:

- La **scissione totale**, e cioè l'ipotesi in cui l'intero patrimonio di una società risulta assegnato ad altre, preesistenti o di nuova costituzione, con assegnazione delle relative partecipazioni ai soci della prima;
- La **scissione parziale** o **scorporazione**, cioè l'eventualità che una società assegni ad altra o ad altre solo parte del proprio patrimonio e ugualmente ne risulti l'assegnazione delle loro partecipazioni ai soci della prima, anche essa possibile:
    - Sia nella forma di scissione in senso stretto (quando cioè la società o le società beneficiarie sono di nuova costituzione);
    - Sia in quella di scissione per incorporazione (qualora la società o le società beneficiarie siano invece preesistenti all'operazione).

Comune a tutti i casi è la **diretta** influenza dell'operazione sulla posizione dei soci: il significato della scissione non può dunque esaurirsi negli spostamenti patrimoniali che ne derivano, ma si coglie invece soprattutto in relazione agli effetti organizzativi, dei quali gli spostamenti patrimoniali non rappresentano altro che un riflesso. Il legislatore precisa che, a seguito della scissione, il patrimonio della società viene assegnato ad un'altra società, non anche ad essa trasferito.

Il procedimento

La **scissione** è disciplinata sulla base di un parallelismo di fondo con la fusione, che si giustifica per il loro comune significato di **vicende organizzative** e che del resto si mostra con particolare evidenza nell'ipotesi di scissione per incorporazione.

Essa si caratterizza infatti come una sorta di commissione tra i due istituti, e cioè:

- Come una scissione dal punto di vista della società che dismette parte del proprio patrimonio;
- Come un'incorporazione dal punto di vista della società che ne risulta beneficiaria.

La disciplina del procedimento di scissione si risolve fondamentalmente in una serie di rinvii a quanto previsto per la fusione stessa.

Non mancano però alcuni **aspetti caratteristici**:

A. In primo luogo la circostanza che risulta necessario prevedere i criteri da applicare nelle ipotesi in cui le determinazioni dell'autonomia privata lascino residuare margini di incertezza in ordine alla destinazione di elementi attivi o passivi delle società che si scinde;
B. In secondo luogo il porsi di particolari problemi nei rapporti tra i soci con riguardo in particolare all'assegnazione delle partecipazioni nelle società beneficiarie. Essa deve avvenire sulla base del criterio di proporzionalità, ferma restando la possibilità di un limitato conguaglio in denaro: è però anche prevista la possibilità dell'adozione di criteri diversi, che tuttavia risulta subordinata al riconoscimento ai soci che non approvino la scissione del diritto di far acquistare le proprie partecipazioni al soggetto indicato nel progetto di scissione per un corrispettivo determinato sulla base dei criteri previsti per il recesso.
   Nel caso di **scissione parziale** si può inoltre prevedere, ma solo con il consenso unanime di tutti i soci, che ad alcuni di essi vengano assegnate partecipazioni non già delle società beneficiarie, ma unicamente della società scissa.
C. Infine la particolare **posizione dei creditori**. La loro tutela è infatti affidata non soltanto al riconoscimento di un diritto di opposizione analogo a quello previsto in tema di fusione, ma anche alla ulteriore regola secondo cui in ogni caso vi è una responsabilità solidale di ciascuna società, pur nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Capitolo VI
Collegamenti tra società e gruppi

Premessa

I collegamenti tra società costituiscono un fenomeno diffuso nella realtà socio-economica, del quale l'ordinamento giuridico non può tener conto.
Il collegamento può riguardare:

- I rapporti tra società che operano in **posizione di autonomia**, come accade nelle figure che vanno sotto il nome di:
    1. Partecipazioni rilevanti;
    2. Partecipazioni reciproche;
    3. Società collegate.
- O può essere più intenso e realizzare un **rapporto di dipendenza** tra una società e un'altra o più altre società, realizzando in tal caso il fenomeno del **controllo**.

Tutte queste figure rilevano il determinarsi di una **posizione di potere** di una società in un'altra o di una posizione di potere reciproca tra due società: nella posizione di controllo questa posizione di potere è tale che la società controllante è in grado di determinare la politica economica delle società controllate.
Quando questo potere viene effettivamente esercitato, diviene possibile che si aggiunga un elemento economico il quale, collegando le singole imprese, consenta un'azione di **gruppo** e la prosecuzione di un interesse di gruppo contemporaneamente all'azione delle singole società e alla prosecuzione dell'interesse di ciascuna di queste.

Le società collegate

Assumono rilievo esclusivamente nello specifico contesto delle società quotate in mercati regolamentati:

- La nozione di **partecipazione rilevante**, la quale impone obblighi di comunicazione alla società e all'organo di vigilanza;
- La nozione di **partecipazioni reciproche**.

La figura delle società collegate ha assunto una portata generale con riferimento a tutte le società di capitali.
Si tratta di una nozione che assume rilievo, oltre che nell'ambito delle operazioni con parti correlate, essenzialmente ai fini della **disciplina del bilancio**. Essa serve a individuare le partecipazioni che possono considerarsi immobilizzazioni finanziarie e, quindi, essere valutate secondo particolari criteri.
Si guarda quindi alla **funzione economica dell'investimento**, e a tal fine viene posto l'accento sul ruolo delle partecipazioni possedute come strumento per esercitare una influenza notevole sulla società cui si partecipa. Nello stabilire un criterio presuntivo per il suo accertamento, si fa riferimento non alla partecipazione al capitale, bensì alla quota di voti di cui si può disporre nell'assemblea ordinaria.

Le società controllate

Ben più ampia e articolata è la portata delle nozioni di **controllo**, e conseguentemente, la nozione di **società controllata**. Con essa ci si riferisce alla situazione in cui l'attività economica di una società è concretamente determinata da un'altra.
Si spiega così la circostanza che l'ordinamento ne fornisca molteplici definizioni: accanto a quella centrale dell'art. 2359 c.c., ve ne sono poi molte altre contenute in discipline di settore con le quali si vuole tener conto delle peculiarità del settore medesimo e delle finalità perseguite dalla legge.
Per il secondo aspetto deve constatarsi che compito del legislatore è quello di tracciare i confini della figura del controllo in termini tali da non renderla eccessivamente indeterminata, ma nello stesso da comprendere tutte le fattispecie in cui si pongono le questioni da risolvere.
La situazione di potere in cui consiste il controllo può infatti verificarsi per cause diverse:

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- Può derivare da una partecipazione maggioritaria al capitale di una società;
- Può derivare da una partecipazione minoritaria, la quale consenta, per la presenza di azioni senza diritto di voto o per l'assenteismo diffuso degli altri azionisti, di far prevalere la propria volontà nell'assemblea ordinaria e quindi imprimere l'indirizzo amministrativo alla società;
- Può derivare da vincoli contrattuali che assicurano ad un soggetto la direzione amministrativa della società.

Si spiega così l'attuale formulazione dell'art. 2359 c.c., che fa riferimento a tre tipi di **fattispecie**:

a) La disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
b) La disponibilità di voti comunque sufficienti per esercitare un'influenza dominante nella medesima assemblea ordinaria;
c) Un'influenza dominante dovuta a particolari vincoli contrattuali.

Si precisa inoltre che, ai fini del calcolo dei voti di cui si dispone, si computano anche quelli spettanti a:

- Società controllate;
- Società fiduciarie;
- Persona interposta.

Esplicita è ormai la scelta legislativa nel senso di comprendere nella nozione di controllo tanto il c.d. controllo di diritto quanto il c.d. controllo di fatto: una scelta che del resto si era già diffusa in sede di interpretazione del testo originario dell'art 2359 c.c.

Il fenomeno di gruppo

La situazione di controllo determina una serie di problemi, i quali poi ulteriormente si specificano nell'ipotesi in cui essa sia in concreto lo strumento per realizzare una politica di gruppo, quella che nella terminologia legislativa è chiamata **attività di direzione e coordinamento di società**.
Del resto, il controllo e l'esercizio di tale attività non coincidono necessariamente, come dimostra la circostanza che la legge assegna al primo soltanto il valore di una presunzione per riconoscere il secondo.
Nel sistema del codice la situazione di controllo è presa in considerazione per il pericolo di un annacquamento del capitale sociale che da essa in quanto tale deriva. Proprio per tale ragione, la disciplina relativa all'acquisto e sottoscrizione di azioni proprie è sostanzialmente estesa all'ipotesi in cui la società controllata voglia acquistare o sottoscrivere azioni delle società controllante: equiparazione che attualmente risulta a tal punto marcata da indurre la legge a disporre che *la società controllata non può esercitare il diritto di voto nell'assemblea della controllante*.
Ben più ampi e complessi sono i problemi che si pongono quando la situazione di controllo, e cioè l'**influenza dominante**, è in concreto utilizzata al fine di realizzare una politica imprenditoriale di gruppo, e cioè una gestione imprenditoriale attuata unitariamente e, perciò, dirigendo e coordinando l'attività delle diverse società a essa soggette.
Questo è il fenomeno regolato dagli artt. 2497 ss. c.c., distinguendo tra:

- Da un lato, situazione di controllo;
- Dall'altro, attività di direzione e coordinamento di società.

In tal modo, riconoscono una specifica rilevanza di determinate esigenze di tutela, in particolare dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate: con la conseguenza che, quando il controllo ad essa non si accompagni, la loro soddisfazione non è affidata a una disciplina specifica, ma a quella generale delle società.

L'impresa economica si presenta nel fenomeno di gruppo al tempo stesso come una e plurima:

- È una perché unitaria è la politica economica ed è unitario l'interesse che presiede all'attività delle organizzazioni singole;
- È plurima perché dal punto di vista tecnico-economico, amministrativo e giuridico essa si risolve in una pluralità di organizzazioni autonome aventi ciascuna una propria giuridica individualità e una propria personalità.

L'impresa rimane economicamente unica, perché unica è la mente direttiva, unica la fonte finanziaria; ma giuridicamente l'unita dell'impresa si risolve nella pluralità delle organizzazioni autonome anche se funzionalmente collegate.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il fenomeno del gruppo presuppone una quantomeno implicita **decisione organizzativa** e, allora, una scelta di **autonomia privata**: si tratta di un nuovo modello di struttura organizzativa il quale, tutte le condiziona, facendone strumento per la realizzazione di un interesse unitario.
La sottoposizione all'altrui attività di direzione e coordinamento e persino la sua stessa cessazione sono infatti considerate tali da giustificare il riconoscimento ai soci del diritto al recesso. Diviene chiaro che:

- Se il fenomeno di gruppo è un fenomeno di aggregazione di imprese per la realizzazione di un programma comune e ulteriore rispetto a quello realizzabile attraverso le imprese singole, esso non è necessariamente legato alle imprese costituite in forma di società per azioni;
- Se il fondamento del gruppo è da rinvenire in una decisione dell'autonomia privata, si comprende anche perché pure con riferimento ad essa operino i criteri di valutazione dell'ordinamento:
  - Sia quello di vertice individuato dall'art. 41 Cost.;
  - Sia quello richiamato dall'art. 2497 c.c.

  La legge dichiara espressamente applicabile la disciplina dettata per la direzione e coordinamento di società alle ipotesi in cui la relativa attività sia esercitata sulla base di un contratto con le società ad essa soggette o di clausole dei loro statuti.

In altri ordinamenti positivi e nel progetto di nona Direttiva comunitaria si individua come momento centrale il *c.d. accordo di dominio o predominio*, il quale:

- Da un lato fissa l'interesse di gruppo che deve essere unitariamente realizzato.
- Dall'alto stabilisce i limiti e le condizioni entro i quali esso può essere realizzato.

L'eventualità che al gruppo partecipino imprese esercitate da una persona fisica o da società di persone presuppone in concreto una **base contrattuale**.
Il c.d. **gruppo cooperativo paritetico** presenta in quanto tale una natura squisitamente contrattuale: esso trae appunto origine da un contratto, diretto a regolare la direzione e il coordinamento delle imprese svolte da società cooperative anche appartenenti a categorie diverse, e che è anzi aperto all'eventuale partecipazione di altri enti pubblici e privati.
La particolare struttura organizzativa delle società cooperative rende particolarmente complessa l'instaurazione dei rapporti di controllo interno tra le diverse società. Il collegamento tra le diverse società non discende da rapporti di controllo, ma si attua su base volontaria: essa sussiste solo in quanto, e fino a quando, si partecipi al contratto.
Un ruolo particolare riveste il tema del recesso: non soltanto il contratto deve indicare la durata e le condizioni di adesione e recesso, ma la stessa legge riconosce il diritto di recesso qualora la partecipazione al gruppo della cooperativa comporti il peggioramento delle condizioni dello scambio per i soci.

La disciplina dell'attività di direzione e coordinamento

Il fenomeno di gruppo si caratterizza in quanto gli interessi con esso perseguiti si puntualizzano non tanto sul compimento di un singolo atto, quanto sul piano dell'attività.
È inadeguata in proposito la disciplina dettata dagli artt. 2373 e 2391 c.c. per le situazioni di conflitto di interessi, poiché essa si puntualizza sul compimento di un singolo atto, isolatamente considerato per il pregiudizio che ne possa derivare alla società.
Neppure può essere sufficiente la disciplina delle operazioni con parti correlate.
In effetti, le norme dettate per le situazioni di conflitto di interessi potrebbero rappresentare un rilevante ostacolo per il funzionamento del gruppo, impedendo il compimento di operazioni per esso necessarie, senza neppure essere in grado di soddisfare pienamente le esigenze di tutela che in tale caso si pongono.
Viene utilizzata quindi un'apposita disciplina la quale è dettata dagli artt. 2497 ss. c.c., la quale finisce per sovrapporsi a quella dettata dalle disposizioni in tema di conflitto di interessi: e si spiega l'esigenza di **trasparenza**, alla cui soddisfazione ugualmente provvede l'art. 2497-*ter* c.c.

A. Questa diversità di prospettiva è mostrata con chiarezza dalla regola centrale per la disciplina della direzione e coordinamento, cioè quella dettata in materia di responsabilità dall'art. 2497, comma 1, c.c.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge ha riguardo all'eventualità in cui la società o l'ente, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, pongano in essere, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, comportamenti che risultano essere contrari ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società che sono sottoposte a tale attività.
La legge afferma inoltre la loro **responsabilità**:

- Sia nei confronti dei soci delle società soggette a direzione e a coordinamento;
- Sia nei confronti dei creditori sociali per quanto riguarda la lesione all'integrità del patrimonio della società.

Tale responsabilità viene però esclusa quando il pregiudizio sia venuto meno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, o sia stato integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

- I comportamenti rilevanti devono rivelare un interesse imprenditoriale;
- I criteri di valutazione utilizzati si fondano su giudizio di correttezza riferito alla gestione dell'impresa.
- L'individuazione del danno risarcibile considera il valore reddituale e patrimoniale della partecipazione e deve essere valutato sul piano dei risultati complessivi dell'attività.

In riferimento ai tre punti, viene adottata una prospettiva la quale, a differenza di quanto avviene per quanto riguarda la disciplina del conflitto di interessi, non considera il singolo comportamento, ma l'attività in quanto tale.
A differenza della disciplina sul conflitto di interessi, la **tutela** non è ricercata sul piano reale dell'invalidità dell'atto, bensì su quello, obbligatorio, del risarcimento nei confronti dei soci e dei creditori, ai quali è concesso di agire direttamente nei confronti della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, e cioè in definitiva della società controllante.
Risultano chiare le peculiarità di questa azione risarcitoria che, quando esercitata dai soci, sembrerebbe smentire il principio secondo cui una loro azione individuale non è consentita quando il danno subito è conseguenza soltanto indiretta del pregiudizio patrimoniale sofferto dalla società cui partecipano.
Se il risarcimento del danno avvenisse a favore della società controllata, la medesima società controllante, partecipando anche essa a quest'ultima, verrebbe in definitiva a risarcire *pro quota* anche sé stessa per un danno da lei procurato.
E si spiega, in termini più ampi, per una valutazione diversa degli interessi che si puntualizzano con riferimento alla società controllata, cioè da un lato quello del gruppo in cui è inserita, in definitiva di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, e dall'altro quelli dei suoi soci di minoranza, ossia dei "soci esterni" e dei suoi creditori.
L'art. 2497 prevede una responsabilità solidale con la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento non soltanto di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo, ma anche, nei limiti del vantaggio conseguito, di chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.
A dover essere **risarcito** non è il danno derivante dalla singola operazione, ma quello che discende dall'attività, in quanto tale e complessivamente considerata: e infatti la legge esclude esplicitamente non solo la responsabilità, ma lo stesso danno, nell'ipotesi in cui esso debba ritenersi mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, riconoscendo inoltre a specifiche operazioni a ciò dirette l'idoneità ad eliminarlo.

L'art. 2634 c.c., nel regolare il delitto di infedeltà patrimoniale, esclude espressamente il carattere ingiusto del profitto della società collegata o appartenente al gruppo, qualora esso sia stato compensato da vantaggi, già conseguiti o fondatamente prevedibili.

Sempre in questa prospettiva si comprende la regola, apparentemente singolare, che subordina l'azione del socio e dei creditori sociali nei confronti della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento al fatto di non essere stati soddisfatti dalla società ad essa soggetta.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In tal modo risulta ulteriormente sottolineata la particolare posizione che i soci esterni al gruppo assumono all'interno stesso della società controllata: una posizione la quale si distingue da quella di chi esercita il controllo e giustifica l'eventualità di una soddisfazione dei propri interessi patrimoniali anche mediante misure che realizzano un trasferimento di ricchezza dalla società a loro stessi.

La norma in questione vale soprattutto a favorire la possibilità, per la società tenuta a risarcire il danno, di utilizzare a tal fine la stessa società direttamente danneggiata, facendo cioè affluire a quest'ultima le risorse allo scopo necessarie. Attraverso tali risorse, provvede a soddisfare i suoi soci e i creditori.

La tutela che viene accordata ai soci ed ai creditori sociali non si esaurisce con l'art. 2497 c.c., ma risulta affidata anche ad altri strumenti che tengono conto della specifica posizione di ciascuna di tali categorie di soggetti.

B. Per quanto riguarda i **soci**, la legge prevede specifiche **ipotesi di recesso**. Ciò accade:
   - Quando la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento abbia **mutato lo scopo sociale** a seguito di una trasformazione o abbia **modificato l'oggetto sociale**, in modo tale da consentire l'esercizio di attività in grado di alterare in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società controllata;
   - Quando le condizioni di rischio dell'investimento nella controllata risultano alterate a causa dello stesso inizio dell'attività di direzione e coordinamento, o della sua cessazione. Anche in tal caso, i soci della società assoggettata e, rispettivamente, sottratta a tale attività possono recedere da essa, a meno che non si tratti di una società quotata e venga promossa un'offerta pubblica di acquisto;
   - Quando a favore del socio sia stata pronunciata, condanna al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2497 c.c. In quest'ultima ipotesi, si esclude espressamente la possibilità di un recesso parziale.

C. L'art. 2497-*quinquies* c.c. è invece diretto alla **tutela dei creditori**; tale articolo rende applicabile ai finanziamenti concessi alla società controllata dalla controllante, o da altra società da quest'ultima controllata, la disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. dettato in materia di società a responsabilità limitata. Qualora tali finanziamenti siano stati accordati in un momento in cui risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento della società controllata rispetto al suo patrimonio netto, il loro rimborso è pertanto *postergato* alla soddisfazione degli altri creditori sociali e, se avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, va restituito.

D. L'art. 2497-*bis* c.c., perseguendo finalità di **informazione**, prevede specifici **adempimenti pubblicitari**, volti a segnalare all'intero mercato il fatto stesso di essere soggetti ad attività di direzione e coordinamento, vale a dire l'appartenenza ad un gruppo. Al riguardo, la legge:
   - Da un lato prescrive alla società di indicare negli atti e nella corrispondenza la società o l'ente che esercita nei suoi confronti l'attività di direzione e coordinamento e di iscriversi in una apposita sezione del registro delle imprese, dalla quale risultano, oltre alle attività soggette a tale attività, anche le società o gli enti che la esercitano. All'atto della cessazione dell'attività di direzione e coordinamento la società deve eliminare l'indicazione dagli atti e dalla corrispondenza e chiedere la cancellazione dalla relativa sezione del registro delle imprese;
   - Dall'altro richiede una integrazione del contenuto delle scritture contabili della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento che, nella nota integrativa, deve esporre un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio approvato della società o dell'ente che esercita l'attività in questione. Gli amministratori devono poi indicare in essa i rapporti intercorsi con chi esercita tale attività e con le altre società ad essa soggette.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

E. Una specifica rilevanza viene riservata all'esigenza di **trasparenza**. La legge richiede in particolare la **motivazione** analitica delle decisioni della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento che risultano influenzate dalla stessa attività e la puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi che hanno inciso su di esse, delle quali inoltre la relazione sulla gestione deve dare adeguatamente conto.

Nel caso di società quotate su tali operazioni, gli amministratori devono infine riferire tempestivamente, e con periodicità almeno trimestrale, all'organo di controllo.

Responsabilità per le obbligazioni delle singole società

L'**unità dell'impresa economica**, nonostante l'autonomia giuridica delle singole organizzazioni sociali, la strumentalità di queste rispetto alla politica di gruppo, la posizione di controllo della società capogruppo, da molto tempo avevano posto all'attenzione dei giuristi il problema se e in che termini potesse affermarsi una responsabilità del gruppo per le obbligazioni sociali assunte dalle singole società nell'esercizio della loro attività di impresa.

Soltanto in casi particolari (quelli previsti dagli artt. 2425, comma 2, e 2462, comma 2, c.c.) la legge, pur conservando l'autonomia giuridica, prevede una **responsabilità del socio** per le obbligazioni assunte dalla società: questa responsabilità non è posta però in funzione del dominio sull'impresa, bensì nell'intento di sanzionare la violazione di specifici obblighi di legge da parte dell'unico socio nell'ipotesi di insolvenza della società.

Al di fuori di queste ipotesi, il fenomeno del controllo non vale a modificare la posizione giuridica del socio in relazione alle obbligazioni sociali.

Tutto ciò pare inoltre confermato dagli specifici strumenti di tutela che la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento offre ai creditori della società controllata.

Sia la tutela risarcitoria, sia la postergazione dei finanziamenti effettuati nell'ambito del gruppo sono tecniche che prescindono dall'estensione alla società controllante delle obbligazioni della controllata.

Nella prospettiva degli strumenti di tutela per i creditori, deve tenersi conto anche dell'**art. 90 del D. Lgs. n. 270 del 1999** sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, secondo il quale:

Nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite.

Si tratta di una disposizione che si caratterizza per un approccio diverso dall'art. 2497 c.c., in quanto:

- Prevede una responsabilità nei confronti della società controllata;
- Afferma tale responsabilità immediatamente a carico degli amministratori della società controllante, non per la loro partecipazione al fatto lesivo di questa.

Tuttavia, interferisce con la disciplina dell'art. 2497 c.c., il quale prevede che il diritto al risarcimento spettante ai creditori venga esercitato, oltre che dal curatore fallimentare o dal commissario liquidatore, anche dal commissario straordinario.

Quando la società è soggetta a **procedura concorsuale**, gli interessi di costoro sono realizzati mediante strumenti collettivi, quelli appunto consistenti nell'azione esercitata dall'organo deputato alla procedura. In tal caso, perde di giustificazione un diretto risarcimento a loro favore: il risarcimento subito alla società controllata deve infatti servire alla soddisfazione dei suoi creditori e solo per l'eventuale residuo a quella dei soci. Perciò la stessa pretesa riconosciuta ai creditori dall'art. 2497 c.c. è, nel caso di sottoposizione a procedura concorsuale, collettivamente esercitata tramite l'organo ad essa preposto, mentre il diritto dei soci è assorbito dalle azioni volte a ricostituire il patrimonio della società.

Il gruppo bancario

Una particolare disciplina settoriale del fenomeno di gruppo è quella prevista **per il gruppo bancario**.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Essa si rinviene agli artt. 60 ss. t.u.b.

Il **gruppo bancario** è identificato dalla legge facendo essenzialmente riferimento alla natura creditizia dell'attività svolta dal capogruppo ed al carattere strumentale per essa dell'attività delle società controllate, oppure alla circostanza che nell'insieme di tali società vi sia almeno una banca e alla rilevanza che nel gruppo stesso presentano quelle bancarie e finanziarie.

La nozione di gruppo bancario assume rilievo ai fini della disciplina della **vigilanza consolidata** e delle **situazioni di crisi**.

A. Per quanto riguarda la **vigilanza consolidata**, è soprattutto significativa l'esplicita previsione che la Banca d'Italia impartisca alla capogruppo, con provvedimenti di carattere generale o particolare, disposizioni riguardanti il gruppo bancario complessivamente considerato o suoi componenti.
   Ne risulta non solo una diretta valutazione dell'impresa di gruppo nella sua unità, ma anche del potere della capogruppo di trasmettere tali istruzioni alle società controllate.
   Alla nozione di gruppo bancario si affianca quella più ampia di conglomerato finanziario: tale figura individua taluni gruppi operanti nel settore bancario, nel settore di servizi di investimento e nel settore assicurativo. Questi gruppi risultano essere sottoposti ad una vigilanza supplementare, ossia ad una vigilanza ulteriore rispetto a quella che è prevista dai singoli ordinamenti nazionali di settore.
   Una forma di vigilanza sul gruppo in quanto tale è inoltre prevista per le imprese di assicurazioni appartenenti al gruppo assicurativo.
B. Con riferimento alle **situazioni di crisi**, assumono rilievo:
   a. Le figure del piano di risanamento di gruppo, finalizzato a riequilibrare, prima ancora che la situazione patrimoniale e finanziaria delle singole banche, quella del gruppo nel suo complesso;
   b. Le figure del piano di risoluzione di gruppo;
   c. La disciplina dettata in materia di amministrazione straordinaria, secondo cui:
      i. Nel caso di una crisi riguardante una singola società del gruppo ciascuna resta soggetta alla sua propria procedura;
      ii. Nel caso di una crisi riguardante la società capogruppo la procedura viene estesa alle sole società del gruppo per cui ne ricorrono i presupposti;
      iii. Nel caso di una crisi riguardante una società del gruppo, la quale è in grado di alterare in modo grave l'equilibrio del gruppo nel suo complesso la capogruppo viene sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria.

   La medesima rilevanza della **crisi del gruppo** in quanto tale caratterizza la figura **degli accordi di gruppo**, i quali sono sottoscritti dalla capogruppo e dalle altre società appartenenti al gruppo, ciascuna nell'esercizio della propria autonomia negoziale e in conformità con le direttive impartite dalla prima. Questi accordi sono finalizzati a fornirsi sostegno finanziario per l'eventualità in cui si realizzino i presupposti per l'adozione delle cc.dd. **misure di intervento precoce** di cui all'art. 69-*octiesdecies* t.u.b.
   Si prevede in particolare che il progetto di accordo, una volta autorizzato dalla Banca d'Italia, sia sottoposto all'approvazione delle assemblee straordinarie delle singole società: ed è soltanto nei confronti delle società che lo abbiano approvato che l'accordo produce effetti. Competenti a dare esecuzione all'accordo sono invece i rispettivi organi amministrativi.

Alla conclusione dell'accordo e agli atti di concessione del sostegno non trova applicazione la disciplina dettata in materia di operazioni con parte correlate e di responsabilità per esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento.

Inoltre:

- Nei loro confronti non può essere esercitata l'azione revocatoria ordinaria, né quella fallimentare.
- Essi non possono legittimare il recesso del socio;
- Essi non possono essere puniti a titolo di bancarotta fraudolenta o di bancarotta semplice.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il bilancio consolidato di gruppo

Il fenomeno di gruppo pone problemi per quanto riguarda le tecniche di **rappresentazione contabile**. Esso infatti, per la sua caratteristica dialettica fra unitarietà dell'impresa economica e pluralità delle società con cui è organizzata, importa:

- Da un lato la **duplicazione di valori** in quanto uno stesso bene viene ad essere valutato in due patrimoni:
    1. Una prima volta nella sua effettività;
    2. Una seconda volta attraverso la partecipazione sociale che economicamente lo rappresenta.
- Dall'altro lato, un'esigenza di rappresentare la **complessa situazione** patrimoniale, finanziaria ed economica del gruppo considerato nella sua unità.

A ciò provvede il c.d. **bilancio consolidato di gruppo**, il quale è disciplinato dal D. Lgs. n. 127 del 1991. Tale decreto provvede anzitutto a definire la c.d. **area di consolidamento**, alla precisazione cioè sia dei soggetti che sono tenuti alla redazione del bilancio consolidato sia delle imprese controllate la cui situazione patrimoniale deve essere in esso inclusa.

Per quanto riguarda i **criteri del consolidamento**, essi tendono essenzialmente a fornire una rappresentazione della realtà economica del gruppo come se si trattasse di un'unica impresa. In tal senso la legge, nel disporre la ripresa integrale nel bilancio consolidato degli elementi dell'attivo e del passivo, prevede l'eliminazione da esso sia delle partecipazioni in tali imprese, sia dei risultati economici delle operazioni effettuate tra le stesse: queste ultime, se si fosse trattato di un'unica impresa, avrebbero avuto rilevanza soltanto interna e non sarebbero potute emergere nel bilancio di esercizio.

Ciò spiega, d'altra parte, perché al **bilancio consolidato**, il quale si compone:

- Di un conto patrimoniale;
- Di un conto economico;
- Di un rendiconto finanziario e di una nota integrativa

possa riconoscersi una funzione soltanto **informativa**, non anche quindi quella, propria invece del bilancio di esercizio, di accertare i risultati della attività al fine di conseguenti provvedimenti dei soci.

Viene inoltre espressamente previsto un obbligo delle società controllate di trasmettere tempestivamente all'impresa controllante le informazioni richieste per la redazione di bilancio consolidato. Si sottolinea così un ulteriore aspetto specifico, sul piano dell'informazione, dei poteri di indirizzo e controllo che caratterizzano la fenomenologia di gruppo e ne fanno un peculiare modello di struttura organizzativa dell'impresa.

Particolari esigenze informative emergono con riferimento all'ipotesi di rapporti di controllo o collegamento tra società italiane con azioni quotate, o emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante, e società straniere il cui ordinamento di appartenenza non è ritenuto fornire sufficienti garanzia: la materia è regolata da disposizioni volte a disciplinare i rapporti con società estere aventi la sede legale in Stati che non garantiscono la trasparenza societaria. La legge attribuisce al Ministro di Giustizia, di concreto col Ministro dell'economia e delle finanze, il potere di individuare tali Stati, e dette i criteri a tal fine utilizzabili.

Infine, sono previsti:

- Da un lato, particolari obblighi di **trasparenza** e soprattutto, con riferimento al bilancio, l'applicazione dei principi della legge italiana o di quelli internazionalmente riconosciuti;
- Dall'altro, quando è la società italiana ad essere controllata, si prendono in considerazione specifiche esigenze per ottenere una piena trasparenza dei rapporti, specie finanziari, con le altre società del gruppo.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Sono previsti in questi casi speciali obblighi di trasparenza e l'applicazione anche al bilancio della società estera dei principi della legge italiana o internazionalmente riconosciuti.

PARTE TERZA : TITOLI DI CREDITO E MERCATI FINANZIARI

CAPITOLO I : TITOLI DI CREDITO IN GENERALE

1 : PREMESSE

1 : ATTIVITA' IMPRENDITRICE E MOBILIZZAZIONE DELLE POSIZIONI GIURIDICHE

L'attività imprenditrice, in quanto attività produttiva che si rivolge al mercato, pone particolari esigenze che si riflettono sugli strumenti giuridici di cui si avvale.
Accanto a tali esigenze si pone quella di agevolare la negoziazione e favorire la creazione di un **mercato secondario**. In tutti i casi si pone l'esigenza alla **mobilizzazione** che rende più appetibili i prodotti d'impresa, consentendo agli acquirenti di realizzarne il valore d'uso, e che rende più facile il reperimento dei finanziamenti.
Questa esigenza, per poter essere soddisfatta, richiede da un lato la disponibilità di strumenti giuridici in grado di favorire la negoziazione delle posizioni giuridiche (disciplina dei titoli di credito) e dall'altro la concreta esistenza di un mercato negoziale 8disciplna del mercato finanziario).

2 : NATURA E STRUTTURA DEL TITOLO DI CREDITO

2 : IL FENOMENTO DEI TITOLI DI CREDITO.

La funzione dei titoli di credito è principalmente quella di agevolare la circolazione dei crediti, fornendo all'acquirente una sicurezza che non è dato realizzare nel sistema della cessione dei crediti: mobilitando la ricchezza, prevedendo la circolazione, rapida, semplice e sicura del diritto di credito , infatti, si neutralizzano i rischi e gli inconvenienti che presenta la disciplina della cessione di credito dove il diritto dell'ultimo cessionario sussiste solo a patto che sussista il diritto dell'originario creditore e purchè siano validamente costituiti tutti i rapporti intermedi di cessione di credito.
Nel sistema dei titoli di credito, invece, grazie all'**incorporazione del diritto nel documento** si crea un collegamento tra diritto di credito e documento in modo tale che la circolazione del credito viene a dipendere dalla circolazione del documento e permettendo che venga applicato, invece che il regime della cessione dei crediti, quello della circolazione delle cose mobili in base al quale il possesso di buona fede vale titolo e dove quindi all'acquirente in buona fede è garantita la titolarità del bene pur in difetto della stessa.

Esteriormente i titoli di credito non sono differenti dalle altre categorie di **documenti** (documenti di legittimazione e titoli impropri) i quali però hanno un'altra funzione e per i quali non è applicabile la disciplina dettata per i titoli di credito.

La legge non descrive espressamente la nozione di titolo di credito e quindi la stessa deve essere ricavata dal complesso di norme che fanno riferimento a questo strumento (artt 1992 e segg cc). In base a ciò possiamo dire che nel nostro ordinamento il titolo di credito è un documento
contenente una dichiarazione, la quale può essere di contenuto diverso, ma adempie comunque a **due diverse funzioni**: quella di costituire **mezzo necessario e sufficiente** per l'esercizio del diritto incorporato nel documento e quello di costituire uno strumento per la **circolazione** del diritto stesso.
La prima funzione è comune anche ad altri documenti (documenti di legittimazione), ma la seconda è invece una caratteristica esclusiva dei titoli di credito e questo spiega perché l'accento della normativa ricada essenzialmente su di essa.
Se ci concentriamo sulla prima caratteristica del titolo di credito, vediamo che nella categoria rientrano diverse specie di titoli che esprimono diversi tipi di diritti.
Infatti ad esempio una cambiale e un assegno bancario non possono essere confusi con l'obbligazione o l'azione di una società o con una polizza di carico ed è per questo che la legge pone l'accento sulla seconda funzione e quindi considera solo il profilo circolatorio, profilo sotto il quale tutti i titoli di credito al di là della differenza di contenuto, sono soggetti alla stessa disciplina.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

3 : CONTINUA: LA DESTINAZIONE DEL DOCUMENTO ALLA CIRCOLAZIONE

Il fenomeno dei titoli di credito si caratterizza per la **destinazione del documento alla circolazione** e quindi si pone il problema se il fondamento di tale destinazione debba essere considerata la volontà **individuale** di chi ha creato il documento o la circostanza che esso è **socialmente** considerati come destinato alla circolazione.

È preferibile la prima concezione in quanto la volontà del creatore è un dato esattamente individuabile, mentre non è altrettanto la valutazione sociale.

In particolare vi sono ipotesi in cui la valutazione sociale del fenomeno non serve o non può funzionare. Cosi:

- quando documenti socialmente considerati come destinati alla circolazione siano per volontà del creatore del titolo sottratti a tale destinazione (es. assegno non trasferibile)
- quando determinati documenti possano a scelta di chi li crea essere o meno destinati alla circolazione come il duplicato della lettera di vettura che rientra nella categoria dei titoli di credito solo quando è creata all'ordine
- quando non vi sia ancora una valutazione sociale della destinazione

4 : DOCUMENTI DI LEGITTIMAZIONE E TITOLI IMPROPRI

La normativa dettata per i titoli di credito, come abbiamo detto, non si applica a quei documenti che non sono destinati alla circolazione anche se svolgono la funzione di legittimazione del credito. La legge (art 2002 cc) prevede due categorie di questi documenti:

- i **documenti di legittimazione** che svolgono la loro funzione solo in sede di esercizio del diritto permettendo l'identificazione la persona che ha diritto alla prestazione.
  Sono documenti di questo tipo i biglietti di viaggio, di cinema o teatro o gli scontrini dei deposito bagagli.
  Questi documenti legittimano il possessore semplicemente come titolare originario del diritto e non svolgono alcun ruolo ai fini della circolazione dello stesso. Tali documenti si riferiscono spesso a titoli intrasferibili, ma anche quando si riferiscono a diritti trasferibili ai fini della circolazione non basta la semplice trasmissione del documento essendo necessaria anche una cessione nelle forme ordinarie previste per la cessione dei crediti o una successione nei modi del diritto comune
- i **titoli impropri**, i quali consentono il trasferimento del diritto senza l'osservanza delle forme proprie della cessione, ma con gli effetti di quest'ultima.
  E' titolo improprio ad esempio il vaglia postale che. come la cambiale, ha l'effetto di permettere la cessione del credito attraverso il trasferimento del possesso del documento accompagnato dalla girata, ma che a differenza dalla cambiale non attribuisce al portatore legittimo un diritto letterale ed autonomo.

5 : LA CREAZIONE DEL TITOLO: TITOLARITA' E LEGITTIMAZIONE

Nei titoli di credito viene a realizzarsi tra documento e diritto, ai fini della circolazione, una **connessione (detta incorporazione)** per effetto della quale l'esercizio del diritto viene a dipendere dal possesso del documento secondo la legge di circolazione che gli è propria.

E' ovvio che la creazione e il rilascio di un titolo di credito trovano giustificazione in un preesistente rapporto tra emittente e primo prenditore, detto rapporto sottostante o causale.

Per effetto della creazione del titolo di credito tale rapporto giuridico non viene modificato, ma si ottiene l'**unico effetto** che la prestazione dovuta in base al rapporto giuridico stesso verrà adempiuta nei confronti del **possessore del titolo** indipendentemente dal fatto che questo sia
l'originario contraente o una persona a cui il titolo sia pervenuto attraverso la legge di circolazione.

Questo fatto ha sia un effetto positivo che negativo.

Infatti attraverso l'incorporazione del diritto nel documento si consente l'esercizio del diritto anche al possessore che non sia il titolare nonché la possibilità di attribuire ad altri tale esercizio attraverso il trasferimento del documento (effetto positivo).

Tuttavia però in questo modo viene impedito l'esercizio del diritto da parte del non possessore titolare e si vuota di contenuto l'eventuale trasmissione del diritto che questo abbia fatto ad altri (effetto negativo).

6 : LA LEGGE DI CIRCOLAZIONE DEL TITOLO

In relazione alla **legge di circolazione del titolo** (ossia i presupposti necessari per realizzare la connessione fra documento e diritto) si distinguono **titoli al portatore**, **titoli all'ordine** e **titoli nominativi**.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

A) Nei **titoli al portatore** la legittimazione ad esercitare il diritto è attribuita al possessore del titolo e la circolazione di tale legittimazione si attua attraverso l'impossessamento del titolo da parte di persona diversa (art 2003 cc).

B) Nei **titoli all'ordine** la legittimazione deriva dal fatto che il possessore è intestatario originario del titolo (prenditore) o un ordinatario immediato o mediante di questo, e cioè un **giratario** in base ad una **serie continua di girate** (art 2008 cc).
In questi titoli quindi la certificazione documentale consiste nella girata e cioè nell'ordine scritto sul titolo e sottoscritto dall'intestatario del titolo o dal giratario di compiere la prestazione alla persona a favore della quale la girata è fatta.
La girata trasferisce tutti i diritti inerenti al titolo e in linea generale il girante non è responsabile dell'adempimento della prestazione da parte dell'emittente.

C) Nei **titoli nominativi** la legittimazione all'esercizio del diritto deriva dal fatto che il possessore è **iscritto** come tale nel **registro dell'emittente** (art 2021 cc).
In essi quindi la certificazione documentale si attua attraverso la cosiddetta **traslazione o** transfert, ossia la duplice annotazione da parte dell'emittente del nome del nuovo possessore nel titolo e nel registro. E' anche possibile per i titoli nominativi una certificazione documentale in base alla girata, solo che essa ha efficacia limitata e deve attuarsi secondo determinate forme.
Essa infatti deve indicare il nome del giratario e la data e la sottoscrizione del girante deve essere autenticata da un notaio, da un agente di cambio o da una SIM (società di intermediazione mobiliare).
Inoltre il giratario, sulla base della girata, può solo pretendere l'intestazione del titolo a suo nome e l'annotazione nel registro ma non può esercitare immediatamente il diritto menzionato nel titolo.
Con la girata pertanto si acquisisce solo il diritto ad esigere il completamento della certificazione documentale dalla quale solo deriverà la vera e propria legittimazione all'esercizio del diritto.

7 : IL DOCUMENTO COME INDICE DI CIRCOLAZIONE

Anche per quanto riguarda la legittimazione all'esercizio del diritto, il **documento** deve essere considerato come strumento o **indice di circolazione**.
Infatti la titolarità del diritto, anche se è incorporata in un titolo di credito, si determina solo in base al negozio che lo costituisce o ai negozi successivi che lo trasferiscono.
Essa prescinde anche dal possesso ad legitimationem del titolo. Infatti se il titolare di un credito cartolare subisce un furto o la distruzione del titolo di credito, è ancora titolare del credito cartolare, ma non può pretendere il pagamento dal debitore in quanto, non potendo più presentargli il titolo, ha perso la legittimazione ad ottenere la prestazione indicata nel titolo stesso.
Non può nemmeno trasferire ad altri il suo credito in quanto non è pi portatore legittimo del titolo di credito e quindi non può trasmetterne il possesso con l'osservanza della legge di circolazione propria del titolo.
Il titolare del credito cartolare potrà però sempre far valere la titolarità per ricostituirsi la legittimazione attraverso la procedura di ammortamento o l'azione di rivendicazione o di restituzione.
In un solo caso questa possibilità viene meno e cioè quando il titolo di credito sia pervenuto ad un possessore di buona fede di fronte al quale si arresta l'azione di rivendica da parte del titolare.

Dal fatto di essere connessa al documento solo la legittimazione derivano alcune conseguenze:

1. pur essendo il documento necessario per l'esercizio del diritto occorre mettere in chiaro che il diritto può sorgere senza il documento o essere successivamente incorporato in esso, e inoltre che la distruzione volontaria del documento abilita il possessore a chiedere un altro mezzo di legittimazione
2. è sempre possibile la sostituzione del documento con un altro senza che si modifichi la situazione giuridica preesistente. Questo avviene generalmente quando il titolo si sia logorato o quando siano esaurite le cedole degli interessi o dei dividendi
3. possono coesistere più documenti contemporaneamente ciascuno dei quali abilitati all'esercizio dell'unico diritto in essi menzionato. Si parla in tal caso di duplicati per i quali va comunque ribadito che essendo unico il debito del creatore del titolo questo liberato adempiendo la prestazione nei confronti del possessore di uno qualunque dei duplicati.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

8 : LETTERALITA' ED AUTONOMIA

Il titolo di credito si presenta come un documento contenente la dichiarazione del suo creatore di adempiere la prestazione in esso indicata nei confronti del possessore ad legitimationem del titolo stesso. Tale dichiarazione viene definita dichiarazione cartolare.
Occorre rilevare che il titolo di credito si inserisce in un rapporto di cui realizza il fine economico (detto rapporto sottostante) e questo rapporto assume una diversa rilevanza nei riguardi del possessore del titolo che sia anche soggetto del rapporto sottostante e nei riguardi invece dei terzi possessori.
Nei confronti del primo infatti, l'art 1993 cc dispone che il debitore (creatore del titolo) può opporre immediatamente tutte le eccezioni ricavabili dal rapporto sottostante, mentre nei confronti dei terzi possessori può opporre solo le eccezioni fondati sul contesto letterale del titolo stesso (es. difetto di titolarità quando il debitore sa che il titolo è stato sottratto o falsificato da chi glielo presenta per il pagamento e quindi può eccepire al portatore che egli non ha il diritto di esigere il pagamento) .
Nei confronti dei terzi possessori quindi l'obbligazione risultante dal titolo presenta le due caratteristiche della **letteralità** e della **autonomia**.

A) La **letteralità** del diritto cartolare consiste nel fatto che il debitore che ha assunto una obbligazione cartolare deve compiere la prestazione esattamente indicata nel titolo e cioè quale risulta secondo i termini letterali delle clausole contenute nel documento e quindi senza potersi richiamare ad accordi successivi che modifichino tale contenuto, e meno che tali accordi non siano intercorsi proprio con l'attuale titolare del credito cartolare.
Ad esempio se uno dei precedenti titolari aveva concesso una proroga alla scadenza del credito cartolare, il successivo acquirente non è tenuto a rispettare tale proroga in quanto la dilazione di pagamento deriva da una convenzione che ha dato luogo ad un rapporto diverso dal rapporto cartolare al quale egli è ugualmente estraneo.
Il fondamento giuridico della letteralità sta nell'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi.

B) Più complesso è il problema dell'individuazione del fondamento dell'**autonomia** dell'obbligazione cartolare. Essa non dipende dalla creazione del titolo, ma dalla sua circolazione, e cioè da un fatto successivo e diverso, se pure previsto all'atto della creazione.
Si è ritenuto di poter risolvere questo problema affermando l'autonomia del rapporto cartolare rispetto al rapporto sottostante in quanto costituito sulla base di un fatto, la creazione del titolo di credito, che sarebbe diverso ed ulteriore rispetto al rapporto sottostante che ne costituisce la fonte.
Questa soluzione, però, mentre non spiega l'immediata rilevanza che il rapporto sottostante ha nei confronti del prenditore del titolo, attribuisce alla creazione del titolo un'efficacia che non ha nella volontà delle parti; in altre parole essa non spiega la rilevanza immediata che il rapporto sottostante ha invece nei confronti del possessore che sia anche controparte di tale rapporto.
Inoltre occorre notare che la fonte del rapporto cartolare è comunque il negozio sottostante che rimane comunque decisivo, non solo finchè il titolo rimane in mano al creatore, ma anche finchè esso rimane in possesso dell'altro contraente.

L'autonomia quindi non dipende dalla creazione del titolo, ma dalla sua circolazione e quindi da un fatto successivo e diverso rispetto a quello della creazione.
Solo in questo modo riusciamo a spiegare perché la autonomia sussiste solo nei confronti dei terzi possessori e non nei confronti del diretto prenditore.

9 : LA DICHIARAZIONE CARTOLARE

Il titolo di credito si presenta esteriormente come un documento contenente la dichiarazione del creatore di adempiere la prestazione in esso indicata nei confronti del possessore ad legitimationem del titolo. Si dunque di stabilire la natura giuridica di tale dichiarazione, denominata **dichiarazione cartolare.**
Nella creazione del titolo assume una rilevanza centrala la **volontà** che si estrinseca in una dichiarazione. Ci si chiede però se si tratti una mera volontà di dichiarazione o invece ad una dichiarazione di volontà, vale a dire se ci si trovi di fronte ad un atto giuridico in senso stretto o ad un negozio giuridico.
Occorre allora osservare che la creazione del titolo, e quindi la fissazione nel documento della obbligazione nascente dal rapporto sottostante, non produce di per sé effetti giuridici in quanto tali effetti si producono solo al momento dell'attribuzione del documento all'altro contraente.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La creazione del titolo pertanto non può considerarsi come negozio giuridico, ma solo come **atto giuridico** preparatorio del negozio che si concreterà solo al momento della trasmissione del titolo.

Come atto giuridico, la dichiarazione cartolare deve avere determinati requisiti. Si richiede:

- la **volontà** del creatore. L'atto pertanto non può essere rilevante se la volontà del suo creatore è viziata. Ne consegue che **la violenza fisica** è sempre opponibile a qualunque possessore.
- la **capacità,** legale e naturale, del creatore.
- la **riferibilità** dell'atto alla persona dell'obbligato. Tale riferibilità viene meno sia nel caso di sottoscrizione falsa che nel caso di difetto di rappresentanza. Nel primo caso l'atto viene fatto apparire come posto in essere da una persona mentre in realtà è opera di un'altra, mentre nel secondo caso esso viene posto in essere da una persona in nome di un'altra quando non si ha il potere necessario per agire in nome di questa.

10 : L'ENUNCIAZIONE DELLA CAUSA: TITOLI CAUSALI E TITOLI ASTRATTI

La dichiarazione cartolare può enunciare la causa dell'obbligazione del creatore (**titolo di credito causale**) o non enunciarla (**titolo di credito astratto**).
Sono astratti quei titoli di credito che possono essere emessi in base ad una pluralità di rapporti fondamentali e non contengono alcuna descrizione del rapporto che in concreto ha dato luogo alla loro emissione. Ad esempio titolo astratto è la cambiale che può essere emessa per vari motivi, ma non contiene alcun riferimento al rapporto causale. Lo stesso discorso vale per l'assegno bancario e l'assegno circolare.
Questi titoli si definiscono la letteralità completa in quanto in essi il diritto cartolare è determinato esclusivamente dalla lettera del titolo mancando ogni riferimento al rapporto fondamentale che ha dato luogo all'emissione.
Nei rapporti tra emittente e terzo prenditore quindi è preclusa ogni possibilità di far riferimento ad altre fonti regolamentari anche legali per integrare quanto risulta dalla lettera del titolo.

I titoli causali sono quelli che invece possono essere emessi solo in base ad un determinato tipo di rapporto fondamentale che risulta dal contesto del titolo. Es. azioni e obbligazioni di società, quote di partecipazione a fondi comuni di investimento, titoli rappresentativi di merci.
Questi titoli si definiscono a letteralità incompleta in quanto in essi il contenuto del diritto cartolare è determinato non solo dalla lettera del titolo ma anche dalla disciplina legale del rapporto tipico richiamato nel documento.
Anche ai titoli causali è però applicabile il principio dell'autonomia del diritto cartolare in sede di esercizio. Infatti il rapporto cartolare resta indipendente dal rapporto fondamentale e al terzo portatore non sono opponibili le eccezioni derivanti da quest'ultimo rapporto.
Così ad esempio se il sottoscrittore di un prestito obbligazionario non ha versato la somma corrispondente la società non può eccepire tale circostanza al terzo portatore per contestarne il diritto al rimborso del capitale.

2 : LA CIRCOLAZIONE DEI TITOLI DI CREDITO

11 : LA CIRCOLAZIONE DEL TITOLO COME CIRCOLAZIONE DELLA LEGITTIMAZIONE

Una delle caratteristiche fondamentali dei titoli di credito è la distinzione tra **titolarità** del diritto cartolare e **legittimazione** all'esercizio della stessa.
Titolare del diritto cartolare è infatti il proprietario del titolo, mentre legittimato al suo esercizio è il possessore del titolo nelle forme prescritte dalla legge di circolazione del titolo, forme che sono diverse per i titoli al portatore, all'ordine e nominativi.
La qualità di proprietario-titolare e possessore legittimato di regola coincidono nella stessa persona, ma tuttavia nel corso della circolazione del titolo si può verificare una dissociazione delle due posizioni reali sul titolo (proprietà e possesso) e al riguardo possiamo distinguere tra circolazione regolare e circolazione irregolare del titolo.
Per diventare portatori legittimi del titolo di credito occorre accertare a quale legge di circolazione essi sono soggetti e quindi distinguendo tra titoli al portatore, all'ordine o nominativi ricordando comunque che il presupposto comune per il trasferimento è che avvenga la trasmissione del possesso del documento.
Mentre per i titoli al portatore è sufficiente essere possessori del titolo, per esseri portatori legittimi per i titoli all'ordine oltre al possesso è necessaria una serie continua di girate (per girata si intende una

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

dichiarazione scritta sul titolo e sottoscritta con cui l'attuale portatore legittimo del titolo detto girante ordina al debitore di adempiere nei confronti di un altro soggetto detto giratario), mentre nei titoli nominativi è necessario che l'emittente annoti il nome dell'acquirente sul titolo e nel registro. Solo con tale intestazione si diventa portatore legittimo del titolo e si possono esercitare i diritti ad esso inerenti.

12 : LIMITAZIONI DELLA CIRCOLAZIONE E LIMITAZIONI DELLA LEGITTIMAZIONE

La destinazione del documento non impedisce di introdurre limitazioni relative alla circolazione o alla legittimazione.

A) La **circolazione** del titolo può essere limitata mediante la clausola **non all'ordine, non trasferibile** o altra equivalente. Queste clausole, quando non sono apposte dal creatore del titolo, non precludono l'ulteriore circolazione del titolo rispetto a coloro che non l'hanno apposta.

B) Anche la **legittimazione** può essere limitata nei titoli di credito a legittimazione nominale; così ad esempio mediante la girata per procura, per l'incasso o valuta in garanzia, ecc

La limitazione della legittimazione deriva dal fatto che il possessore non è investito nel diritto, ma, a seconda dei casi, ha il potere di esercitare il diritto in nome del formalmente investito o invece ha l'investitura in un diritto più limitato.

13 : LA COSIDDETTA CIRCOLAZIONE IRREGOLARE O ANOMALA

La circolazione del titolo si attua generalmente sulla base di un negozio giuridico (c.d. negozio di trasmissione) che, se pure normalmente irrilevante nei confronti del debitore e dei terzi, è tuttavia decisivo nei rapporti diretti. È questa una **circolazione regolare**.

Si ha invece **circolazione irregolare o anomala** quando la circolazione del titolo non è sorretta da un valido negozio di trasferimento (per es quando il titolo di credito viene rubato: in tal caso il possessore (il ladro) non acquista la proprietà del titolo e la titolarità del diritto che restano al derubato, ma ha però la possibilità di esercitare il diritto (legittimazione) e di far circolare ulteriormente il titolo).

Si ha quindi dissociazione tra proprietà (titolarità) e possesso (legittimazione).

Chi ha perso il possesso del titolo contro la sua volontà non è privo di tutela in quanto potrà esercitare l'**azione di rivendicazione** nei confronti dell'attuale possessore e riottenere il documento necessario ai fini della legittimazione. Questo è possibile ovviamente solo quando sia conosciuto l'attuale possessore del titolo.

Quando invece la persona del possessore sia ignota, la legge accorda allo smarritore o al derubato **l'azione di ammortamento** per i titoli all'ordine o nominativi e gli consente di ottenere un surrogato del titolo smarrito.

Tutto questo, però, finchè il titolo non perviene nelle mani di un terzo in buona fede, ignaro quindi del difetto di titolarità del venditore. Infatti l'art. 1994 cc stabilisce che chi ha acquistato in buona fede il possesso di un titolo di credito in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione, non è soggetto a rivendicazione e quindi diventa anche proprietario del titolo e titolare del diritto cartolare.

In questo modo la sua posizione diventa inattaccabile dall'ex proprietario che potrà solo esercitare l'azione di risarcimento danni nei confronti di colui che gli ha sottratto il titolo.

14 : TRASFERIMENTO DEL DIRITTO CARTOLARE SECONDO LA LEGGE GENERALE

L'incorporazione del diritto nel titolo non esclude l'applicabilità della disciplina in tema di circolazione dei diritti tanto che, accanto alla circolazione del titolo, vi è una circolazione del diritto secondo le norme di diritto comune.

L'ipotesi più frequente è quella della **successione ereditaria** oppure una **cessione.**

In questi casi il documento ha funzione come prova e il diritto circola secondo la legge generale.

3 : L'ESERCIZIO DEL DIRITTO CARTOLARE

15 : LA LEGITTIMAZIONE ALL'ESERCIZIO DEL DIRITTO CARTOLARE

Il **possesso** del titolo di credito secondo la **legge di circolazione** attribuisce la **legittimazione all'esercizio del diritto** e quindi la facoltà di pretendere la prestazione indicata nel titolo.

Questa facoltà non è assoluta.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'art 1992 cc stabilisce infatti che, poiché il portatore legittimo è legittimato all'esercizio del diritto cartolare, il debitore che senza dolo o colpa grave adempie la sua prestazione nei suoi confronti è liberato dalla sua obbligazione, anche se il portatore non è il titolare del diritto cartolare.
Così ad esempio se il debitore paga la somma a B ignorando senza sua colpa grave che B è un ladro e quindi non è il titolare del diritto cartolare l'obbligazione cartolare è estinta.

Il **possessore legittimato** può dunque pretendere la prestazione senza dover dimostrare altro che l'esistenza della legittimazione.
Spetta quindi al debitore dimostrare, nonostante la presenza della legittimazione, il vizio della causa del possesso, ma solo quando egli possa dimostrare tale vizio o avesse potuto dimostrarlo usando la normale diligenza e prudenza.
Il dolo pertanto può sussistere solo quando il debitore abbia prove precise per dimostrare la non titolarità del legittimato e la colpa grave quando egli avrebbe potuto procurarsi tale prova usando la normale diligenza.
Il semplice dubbio invece circa il vizio del possesso non è sufficiente per escludere la validità dell'adempimento dato che questo costituisce un obbligo e non una facoltà per il debitore.

Per quanto riguarda la **prova della legittimazione** del possessore, esse è data mediante **presentazione del titolo.**
Inoltre nel caso di titoli di credito a legittimazione nominale il debitore deve accertare la presenza delle condizioni di legittimazione (ad,. Es. la serie continua di girata) e la coincidenza della identità di chi esibisce il titolo con la persona che dal titolo stesso risulta essere il possessore legittimato.

16 : ECCEZIONI OPPONIBILI AL POSSESSORE LEGITTIMATO: ECCEZIONI ASSOLUTE ED ECCEZIONI PERSONALI

Il debitore può opporre al portatore legittimo solo le seguenti eccezioni: le **eccezioni assolute** cioè opponibili a qualsiasi possessore, e le **eccezioni personali** al possessore che si fa ad esigere.
A) Eccezioni assolute sono quelle:

- che riguardano **forma del titolo**, derivanti cioè dalla mancanza di uno dei requisiti formali previsti dalla legge (es. in una cambiale tale denominazione non è inserita nel contesto del titolo)
- che sono fondate sul **contesto letterale** del titolo (es. nella cambiale è indicata la somma di euro 500.000 e il creditore ne richiede 600.000)
- che dipendono da **difetto di capacità, o rappresentanza o da falsità della propria firma**
- dirette a far valere l'assoluta **mancanza di volontà** (per violenza fisica) nella redazione del titolo
- che attengono alla **mancanza dei presupposti necessari per l'esercizio dell'azione** (es prescrizione dell'azione o mancata esibizione del titolo).

B) Sono invece **eccezioni personali** quelle derivanti da altri rapporti, diversi da quello cartolare, intercorsi tra il debitore e lo stesso portatore legittimo.
Esse sono opponibili al solo possessore con cui sussiste il rapporto da cui traggono origine e perciò in opponibili nei confronti degli altri possessori. Tuttavia esse possono, in alcuni casi, comunicarsi, e cioè diventare opponibili, ad altro possessore.
L'ipotesi più importante di **comunicabilità delle eccezioni personali** è quella prevista dll'art 1993 comma 2 che regola il caso in cui l'acquisto del titolo sia avvenuto intenzionalmente a danno del debitore ossia in base ad un concerto fraudolento. In questo caso è necessario dimostrare sia che l'acquirente del titolo conosceva che determinate condizioni erano opponibili al precedente possessore, sia che il trasferimento del titolo non si giustifica sulla base di un effettivo interesse dell'acquirente, che cioè non ha giustificazione causale.
Altre ipotesi di comunicabilità ci sono ad esempio quando la legittimazione si attua alieno nomine (girata per procura, ecc).

4 : L'ESTINZIONE DEL TITOLO DI CREDITO

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

17 : L'ESTINZIONE CONSEGUENTE ALL'ESERCIZIO DEL DIRITTO: CIRCOLAZIONE DEL TITOLO ESTINTO

L'**estinzione del titolo di credito,** cioè il venir meno dell'efficacia di legittimazione del documento, si attua normalmente per effetto dell'**esercizio del diritto** in esso menzionato al quale consegue il ritiro dalla circolazione del documento.
Normalmente anche l'apparenza del titolo di credito viene eliminata attraverso la sua distruzione materiale o l'apposizione di segni permanenti e visibili, ma ove ciò non accada sorge il problema di stabilire gli effetti che conseguono alla **circolazione del titolo estinto.**
La soluzione preferibile è quella che ritiene che si tratti di una **mera apparenza**, che può anche essere fonte di responsabilità .
Il titolo estinto non è più titolo di credito e non può avere efficacia di legittimazione.

18 : L'ESTINZIONE CONSEGUENTE ALLA DISTRUZIONE DEL DOCUMENTO

Oltre che in conseguenza dell'esercizio del diritto, l'estinzione del titolo di credito può attuarsi per effetto della **distruzione del documento**: essa determina la perdita dello strumento necessario per l'esercizio del diritto e quindi il diritto stesso diviene inutile.
Tuttavia la legge consente, salvo le eccezioni riguardanti i biglietti di banca, la **ricostituzione** del mezzo di legittimazione, attribuendo al possessore del titolo andato distrutto il diritto di ottenere dall'emittente un duplicato o un titolo equivalente.
Diversità sussistono in ordine alla **prova della** distruzione e al **procedimento** da seguire per il rilascio del duplicato.
La prova è richiesta solo per quei titoli che, come i titoli al portatore, non sono suscettibili di ammortamento e solo nel caso in cui si fornisca la prova sarà possibile il rilascio di un duplicato; in tutti gli altri casi la ricostituzione della legittimazione si attua attraverso la procedura di ammortamento.

19 : L'ESTINZIONE CONSEGUENTE ALL'AMMORTAMENTO

L'estinzione del titolo può infine avvenire per **dichiarazione di inefficacia del documento**, che si attua attraverso **l'ammortamento del titolo.**
L'ammortamento è ammesso per i titoli all'ordine e nominativi, ma non per i titoli al portatore. Per questi è però ammesso un surrogato (art 2006 cc).

L'**ammortamento** è ammesso in caso di istruzione, smarrimento e sottrazione del titolo all'ordine o nominativo (quindi in caso di perdita involontaria) e si attua attraverso un processo contenzioso composto da 2 fasi: una necessaria e l'altra eventuale.

La fase necessaria si conclude non il decreto di ammortamento pronunciato dal presidente del tribunale, con cui si accoglie la pretesa del ricorrente e si pronuncia l'ammortamento. Il decreto di ammortamento deve essere notificato al debitore e pubblicato nella GU.

La seconda fase inizio invece con l'opposizione del detentore del titolo e importa l'accertamento, in contraddittorio del ricorrente e del debitore, della spettanza del diritto sul titolo.
L'opposizione deve essere proposta con citazione entro 30 giorni dalla pubblicazione del decreto di ammortamento nella GU; competente a decidere è il tribunale che ha pronunciato l'ammortamento. Se non viene proposta alcuna opposizione nel termine, allora il decreto acquista efficacia di cosa giudicata.

Gli effetti dell'ammortamento si producono fin dalla notificazione del decreto al debitore e dalla pubblicazione nella GU: da tale data il titolo di credito non ha più efficacia di legittimazione.
Colui che ha ottenuto il decreto di ammortamento acquista invece la legittimazione nei confronti del debitore; può compiere gli atti conservativi ed esigere il deposito della somma.
Legittimato a richiedere l'ammortamento è colui che, essendo legittimato ex titulo, ha perduto il titolo per smarrimento o sottrazione o distruzione, o un suo mandatario o depositario.
Legittimato all'opposizione è ogni detentore del titolo e quindi lo steso debitore.

Bisogna tuttavia tener presente che l'ammortamento riguarda solo il titolo come mezzo di legittimazione: il giudicato si forma solo nei confronti del debitore.
Non viene toccata la questione della titolarità del diritto: l'ammortamento non pregiudica le ragioni che il detentore del titolo, in quanto titolare del diritto, possa far valere nei confronti del legittimato.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

5 : CATEGORIE DI TITOLI DI CREDITO

20 : TITOLI INDIVIDUALI E TITOLI DI MASSA

La distinzione tra titoli individuali e titoli di massa si basa innanzitutto su una **diversità di funzione economica:** i primi sono strumenti di mobilizzazione del credito (es cambiale o assegno), i secondi sono strumenti di investimento e mobilizzazione della ricchezza.
Pur avendo una differente funzione fuori di dubbio che entrambi appartengono al sistema **unitario** dei titoli di credito.
Infatti anche nei titoli di massa il valore del titolo è conseguenza del collegamento della sua emissione ad una operazione di prestito o di investimento e quindi della sua inserzione in un rapporto sottostante in base al quale spetta al portatore un effettivo diritto nei confronti dell'emittente.
In secondo luogo anche per i titoli di massa al portatore è ammessa una specie di surrogato della procedura di ammortamento ed è previsto per il caso di distruzione del titolo il rilascio di un duplicato o di un titolo equivalente.
Ciò dimostra che anche nei titoli di massa abbiamo una connessione ai fini della circolazione di un diritto ad un documento.

21 : TITOLI DI MASSA E STRUMENTI FINANZIARI: LA CIRCOLAZIONE DEMATERIALIZZATA DEGLI STRUMENTI FINANZIARI

Alla figura dei titoli di massa sono affiancate quelle di **valore mobiliare, strumento finanziario** e **prodotto finanziario** (art 1 testo unico finanziario).
Nell'ambito del mercato finanziario occupa però una posizione peculiare la disciplina della **de materializzazione degli strumenti finanziari** che, avendo riguardo alla circolazione e legittimazione all'esercizio dei diritti ad essi inerenti, ripropone l'esigenza di un confronto con i titoli di credito di massa.
In funzione della loro fungibilità, infatti, gli strumenti finanziari possono formare oggetto di **gestione accentrata**: essi inducono esigenze di ridurre i costi ed i rischi connessi alla loro custodia e all'esercizio dei relativi diritti. Queste caratteristiche consentono il loro deposito in un'unica massa e l'adozione di tecniche di trasferimento tra i depositanti fondate su **meccanismi scritturali.**

la disciplina della gestione accentrata si differenzia a seconda che abbia ad oggetto **strumenti finanziari cartolari**, e cioè rappresentati da **documenti**, ovvero soggetti al regime di **dematerializzazione.**
Nel primo caso si prevede che il contratto di deposito stipulato con i soggetti autorizzati (intermediari finanziari) può attribuire la facoltà di operare il sub deposito degli strumenti finanziari cartolari presso i depositari centrali di titoli.
Di conseguenza tutti gli strumento finanziari di una stessa specie vengono immessi in un'unica massa ed il depositante diviene titolare di una quota ideale.
Per escludere che i titoli depositati entrino a far parte del patrimonio del depositario centrale, si precisa che essi sono immessi nel sistema in deposito regolare.

Il trasferimento degli strumenti finanziari in costanza del rapporto di gestione accentrata è disciplinato con un rinvio alla disciplina prevista per l'ipotesi di de materializzazione (art 85 c1 tuf): tale trasferimento non avviene mediante consegna degli strumento medesimi (questi rimangono depositati) e secondo le regole della circolazione cartolare, ma attraverso una mera **scritturazione contabile** e secondo le regole delle operazioni di giro.
Risulta dunque che l'immissione degli strumenti finanziari nella massa li disindividualizza e li smaterializza, in particolare dematerializza la loro circolazione.
Ne risulta inoltre che la differenza tra le disciplina della gestione accentrata di strumenti rappresentati da titoli e dematerializzati concerne l'ambito su cui la dematerializzazione opera, e cioè nel primo caso la sola **circolazione** dello strumento finanziario e nel secondo lo stesso **strumento finanziario**.

Nel primo caso non può escludersi che il titolo immesso torni in circolazione per effetto dello smarrimento o sottrazione e che, per tale circolazione, venga in possesso di un acquirente di buona fede. In questa ipotesi

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

si pone il problema se prevale la posizione dell'acquirente in buona fede dal depositante o dell'acquirente in buona fede del titolo secondo la sua legge di circolazione: sembra che a dover essere sacrificto sia l'acquirente dei diritti del depositante.

22 : CONTINUA: GLI STRUMENTI FINANZIARI DEMATERIALIZZATI

Tali problemi non si pongono nella seconda ipotesi, quella concernente gli strumenti finanziari dematerializzati: in tal caso infatti manca addirittura un documento rappresentativo degli strumenti in questione.
La legge individua, da un lato, le ipotesi di **dematerializzazione obbligatoria**, disponendo che non possono essere rappresentati da documenti:

- i valori mobiliari negoziali o destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati
- gli ulteriori strumenti finanziari individuati dalla Consob al fine di agevolarne la circolazione
- i titoli di stato.

Dall'altro lato si prevede la possibilità di una **dematerializzazione facoltativa** consentendo agli emittenti di strumenti finanziari di assoggettarli alla discplina in questione presso un deposito centrale.

Gli strumenti dematerializzati sono rappresentati unicamente dalle risultanze dei **conti** nei quali sono registrati.
Il sistema infatti appare orientato **sulla simmetria tra la disciplina degli strumenti finanziari dematerializzati e quella dei titoli di credito**.

23 : CATEGORIE GENERALI

I titoli di credito si distinguono nelle seguenti categorie generali :

- **titoli cambiari** – Appartengono a questa categoria la cambiale, l'assegno bancario, l'assegno circolare, il vaglia cambiario della banca d'Italia,del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia, la fede di credito del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia. Tali titoli hanno tutti la caratteristica di costituire strumenti di pagamento.

Il diritto cambiario italiano è regolato dalle seguenti leggi fondamentali con le quali si è data attuazione alla convenzione di Ginevra del 1930 per l'unificazione del diritto della cambiale:
a) la cosiddetta legge cambiaria del 1933
b) la cosiddetta legge assegni del 1933.
A questa normativa vanno aggiunte altre leggi relative alle cambiali finanziarie, alla cambiale tratta garantita da cessione di credito e i regolamenti della Banca d'Italia, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia per i titoli speciali emessi da questi istituti.
Per quanto riguarda la regolamentazione internazionale occorre dire che essa riguarda unicamente la cambiale e l'assegno bancario e comunque anche per questi istituti essa non costituisce una legge uniforme essendo consentito ai singoli stati di derogare alla legge cambiaria
uniforme rispetto ai punti riservati.

- **titoli di debito o di prestito** - Si tratta dei titoli di debito pubblico la cui caratteristica essenziale è quella di rappresentare una frazione di una operazione collettiva di prestito rimborsabile secondo un determinato piano di ammortamento
- **titoli rappresentativi di merci** quali la polizza di carico, la polizza ricevuta per l'imbarco, la fede di deposito, la nota di pegno e gli ordini di consegna la cui caratteristica comune è quella di attribuire al possessore il diritto alla consegna di merci, il possesso delle medesime, e il potere di disporne mediante trasferimento del titolo
- i **titoli di partecipazione** che attribuiscono al possessore una posizione nell'ambito di una organizzazione sociale, posizione che lo abilita all'esercizio di diritti e poteri stabiliti dalla legge e dal'atto costitutivo, Titoli di partecipazione sono quelli emessi da società per azioni e in accomandita per azioni, le obbligazioni e gli strumenti finanziari non partecipativi purchè soggetti alla legge di circolazione dei titoli di credito.

CAPITOLO II : LA CAMBIALE

1 : IL DOCUMENTO CAMBIARIO

La cambiale è un **titolo di credito all'ordine** contenente una dichiarazione (detta **dichiarazione cambiaria**) che costituisce un **ordine di pagamento** (cambiale tratta: in tal caso colui che la crea è denominato traente)

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

o una **promessa di pagamento** (vaglia cambiario o pagherò cambiario: il creatore della cambiale assume il nome di emittente).
Con la cambiale tratta una persona (traente) ordina ad un'altra persona (trattario) di pagare una somma di denaro ad un'altra persona che è il prenditore, beneficiario dell'ordine di pagamento. Con il vaglia cambiario, che è una promessa di pagamento, l'emittente promette il pagamento al prenditore che è beneficiario della promessa di pagamento.

La **creazione** della cambiale è la creazione di un documento che presenta tutti i requisiti formali richiesti dalla legge per essere valida come cambiale, mentre l'**emissione** della cambiale è l'uscita del documento dalla sfera giuridica del creatore.
Pertanto si ha una cambiale ogni volta che esista un documento che presenti i **requisiti formali,** anche se la dichiarazione contenuta nel documento non è ancora produttiva degli effetti giuridici (per esempio in caso di tratta a favore dello stesso traente) o non sarà mai produttiva di essetti giuridici (per esempio cambiale sottoscritta da un incapace).

I requisiti richiesti dalla legge, che devono risultare dal documento, sono inoltre richiesti affinchè il documento valga come cambiale e non per la validità della dichiarazione e pertanto vi può essere una dichiarazione valida e produttiva di effetti giuridici anche quando il documento non è una cambiale ma un semplice chirografo (e in questo caso non si determineranno gli effetti che per legge derivano dalla cambiale, ma quelli che derivano dalla semplice promessa di pagamento).

2 : LA CAPACITA' CAMBIARIA

La creazione della cambiale è soggetti ad alcuni requisiti di **capacità** (art 9-10 legge l. camb.).
Tutte le persone giuridicamente capaci possono assumere obbligazioni cambiarie.
La persona limitatamente capace (minore emancipato, inabilitato) e il rappresentante legale dell'incapace possono assumere obbligazione cambiaria solo quando vi sia stata autorizzazione all'esercizio dell'impresa, mentre in caso contrario la capacità cambiaria sussiste solo con l'assistenza e con le forme richieste dalla legge per il compimento di atti di straordinaria amministrazione.
Occorre ricordare che anche in materia cambiaria l'incapacità non può essere eccepita quando il minore abbia con raggiri occultato la sua minore età.
La capacità deve sussistere ovviamente al momento dell'**emissione** e quindi non rileva una incapacità eventualmente presente al momento della creazione ma venuta meno al momento della emissione.
Al contrario l'obbligazione cambiaria non sorge validamente se il soggetto, capace al momento della creazione non lo era al momento della emissione.
Per quanto riguarda l'incapacità naturale, essa può essere causa di annullabilità solo quando con essa concorra anche l'elemento della malafede dell'altro contraente.

3 : LA RAPPRESENTANZA CAMBIARIA

Le dichiarazioni cambiarie possono essere compiute anche per mezzo di **rappresentanza**: in tale ipotesi dalla dichiarazione e dalla sottoscrizione deve apparire che il dichiarante si obbliga in nome del rappresentato affinchè gli effetti dell'atto compiuto si riflettano direttamente sul rappresentato stesso.
La procura generale, qualora il rappresentato non sia imprenditore commerciale, non si considera comprensiva della procura cambiaria.

La legge considera con particolare rigore l'ipotesi in cui il rappresentante assuma obbligazioni cambiarie in nome del rappresentato **senza averne poteri** o eccedendo i propri poteri.
In questo caso la legge (art 11 l.camb.) stabilisce che il falso rappresentante si obbliga in proprio e se adempie all'obbligazione cambiaria ha gli stessi diritti che avrebbe avuto il rappresentato. Vediamo quindi come a differenza della normativa stabilita per il falso procuratore (art 1398 cc) per il quale la legge prevede una obbligazione da atto illecito e quindi un obbligo al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo, per il falso rappresentante in materia cambiaria è prevista una vera e propria obbligazione cambiaria.
Pertanto possiamo dire che se il potere di rappresentanza sussiste nel momento della dichiarazione (o viene attribuito successivamente tramite ratifica) l'obbligato cambiario è il rappresentato e se invece non sussiste allora l'obbligato cambiario è il rappresentante.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

E' ovvio tuttavia che se con il pagamento della cambiale da parte del falso rappresentante viene estinto una obbligazione del rappresentato verso il prenditore sorgente da un determinato rapporto fondamentale allora il falso rappresentante, una volta pagata la cambiale, può ripetere le somme dal rappresentato almeno nei limiti dell'arricchimento.
Nell'ipotesi invece di conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante la legge ritiene rilevante per i terzi tale conflitto solo quando esso sia conosciuto o conoscibile e quindi vi sia possibilità di riconoscerlo con la normale diligenza non solo da parte del singolo ma anche da parte della generalità.

4 : GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL DOCUMENTO CAMBIARIO

Elementi essenziali della cambiale sono (art 1 e 100 l.camb.):

1. la **denominazione cambiaria** inserita nel contesto del titolo ed espressa nella lingua in cui il titolo è redatto Per il vaglia cambiario possono essere utilizzate in alternativa le denominazioni "vaglia cambiario" o "pagherò cambiario"
2. **l'ordine incondizionato nella cambiale tratta** (pagherete a…) **o la promessa incondizionata nel vaglia cambiario** (pagherò a….) **di pagare una somma determinata**, somma che di regola viene espressa sia in lettere che in cifre. In caso di discordanza prevale la somma scritta in lettere mentre se la somma è scritta più volte, in lettere o in cifre, vale la somma minore.
   L'apposizione di una condizione toglie al documento il carattere di cambiale
3. le **generalità di chi è designato a pagare** (trattario) nella cambiale **tratta**.
   Per l'imprenditore la indicazione può essere fatta anche tramite la ditta e per la società attraverso la ragione o la denominazione sociale.
   Può essere indicato come trattario lo stesso traente e in tal caso la designazione può essere indiretta risultando già dal titolo il nome della persona designata a pagare.
   In questo caso però la cambiale non si tramuta in pagherò, ma rimane comunque una cambiale tratta disciplinata quindi dai principi posti per tale tipo di cambiale (per quanto riguarda quindi la mancata accettazione o il mancato pagamento)
4. l'**indicazione della scadenza** che può essere a vista, a certo tempo vista, a certo tempo data, a giorno fisso.
   La scadenza è a vista se la cambiale è pagabile al momento della presentazione del titolo, a certo tempo vista se scade dopo un certo tempo dopo la presentazione, a certo tempo data se scade dopo un certo tempo dall'emissione del titolo. In mancanza di scadenza essa si intende a vista e quindi il pagamento deve essere fatto a richiesta del possessore.
5. l'**indicazione del luogo di pagamento**. In mancanza di ciò la cambiale tratta è pagabile nel luogo indicato accanto al nome del trattario e il vaglia cambiario nel luogo di emissione del titolo. E' possibile indicare come luogo di pagamento anche il domicilio di un terzo e in tal caso la cambiale si dice domiciliata.
6. il **nome di colui al quale o all'ordine del quale deve farsi il pagamento** e quindi il prenditore che nella cambiale tratta può essere anche lo stesso traente
7. l'**indicazione della data e del luogo di emissione**. In mancanza del luogo di emissione la cambiale si considera sottoscritta nel luogo indicato accanto al nome del traente
8. la **sottoscrizione di colui che emette la cambiale** (traente o emittente) accompagnata nel caso di vaglia cambiario dalle generalità dell'emittente.
   A differenza dagli altri requisiti la sottoscrizione deve essere autografa e quindi apposta manualmente dal traente o dall'emittente.
   Essa deve contenere il nome e il cognome o la ditta di chi si obbliga ma è valida anche la sottoscrizione in cui il nome si abbreviato o indicato con la sola iniziale.
   Quando la sottoscrizione sussiste il documento vale come cambiale anche se la sottoscrizione è falsa. Infatti i requisiti riguardano il documento e non la dichiarazione . Pertanto la falsità della sottoscrizione può comportare che colui la cui firma è stata falsificata non assuma alcuna obbligazione ma non comporta il venir meno del requisito formale della sottoscrizione e quindi rimane ferma l'efficacia delle altre obbligazioni cambiarie.
9. l'**indicazione delle generalità** (luogo e data di nascita ovvero codice fiscale) **dell'emittente** per la cambiare diretta

5 : CONTINUA: LA CAMBIALE IN BIANCO

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il documento che manca di uno dei requisiti essenziali, cui non si può supplire attraverso la legge (scadenza, luogo di emissione o luogo di pagamento), non vale come **cambiale,** ma può valere solo come promessa di pagamento o ricognizione di debito.
Tuttavia non è necessario che i requisiti siano presenti all'atto di emissione del titolo: può anche essere attribuito al possessore il potere di completare successivamente il documento con l'indicazione di taluni elementi lasciati in bianco.
Si parla in tal caso di **cambiale in bianco** e di **potere di riempimento.**
La cambiale in bianco pertanto non è la cambiale che manchi di alcuni requisiti essenziali, ma quella in cui è rimesso al possessore della cambiale il potere di completare il documento di quegli elementi che l'emittente ha intenzionalmente lasciato in bianco: la legge consente allora di completare il documento, purchè esso sia successivo, inizialmente previsto e purchè sia conferito al possessore il necessario potere.
Affinchè si abbia cambiale in bianco dunque è necessario:

- che il documento sia **sottoscritto** dall'emittente o traente
- che sussista la **denominazione cambiaria**
- che al possessore sia attribuito il **potere di riempimento.**

Il potere di riempimento non è un potere che sorge in conseguenza al possesso della cambiale incompleta, ma sussiste in quanto venga attributo al possessore dall'emittente o traente.
Ciò spiega perché gli accordi di riempimento siano vincolati nei confronti del contraente immediato e dei successivi portatori della cambiale in bianco.
L'abuso del potere di riempimento è opponibile a coloro che hanno acquistato la cambiale in bianco e non a coloro che hanno acquistato la cambiale completa.

Il potere di riempimento deve essere esercitato entro 3 anni dal giorno dell'emissione, a pena di decadenza. Non è chiaro cosa debba intendersi per giorno dell'emissione, se quello in cui l'emittente o il traente si spossessa del titolo o quello indicato nel titolo come giorno dell'emissione: prevale la prima ipotesi.

La cambiale in bianco, essendo destinata a divenire vera cambiale, produce tutti gli effetti cambiari e gli accordi di riempimento hanno effetto solo rispetto agli elementi mancanti: da ciò emerge che gli effetti cambiari si producono anche prima del riempimento in ordine agli elementi originariamente esistenti.

6 : GLI ELEMENTI ACCIDENTALI DEL DOCUMENTO CAMBIARIO: CLAUSOLE CAMBIARIE E CLAUSOLE CONNESSE

Il contenuto tipico del documento cambiario può arricchirsi di ulteriori elementi qualificati come **elementi accidentali:** elementi accidentali della cambiale sono alcune **clausole** che vengono inserite nel testo con l'intenzione di produrre un effetto particolare.
Tali clausole non sempre sono considerate dalla legge come valide.
A) Vi è innanzitutto un gruppo di clausole che la legge considera **nulle** in quanto contrarie all'essenza stessa del titolo cambiario.
Tale nullità è limitata in alcuni casi alla clausola vietata e in altri casi all'intera dichiarazione cambiaria.
Esempi del primo tipo li abbiamo nelle clausole che la legge considera come non apposte come ad esempio la condizione apposta alla girata o la rinuncia alla prescrizione.
Esempi del secondo tipo li abbiamo nella clausola di esonero dell'accettante o dell'emittente a pagare o la clausola che prevede il pagamento non in denaro. In questi ultimi casi infatti la clausola eliminerebbe addirittura la volontà cambiaria escludendone alcuni effetti caratteristici e per tale motivo la legge, in presenza, di esse, considera invalida l'intera cambiale.

B) Per quanto riguarda le clausole **valide** esse possono distinguersi in due categorie:

- le **clausole cambiarie** che influiscono direttamente sul rapporto cambiario. In questa categoria si distinguono le **clausole complementari** che integrano il rapporto cambiario (es. clausola con cui si nomina un domiciliatario o clausole che contengono la promessa di interessi nelle cambiali a vista o a certo tempo vista) e le **clausole derogative** che hanno invece l'effetto di modificare il rapporto cambiario. Esempio di queste ultime sono la clausola non all'ordine che apposta sia dal traente che dall'emittente escludono la qualità di titolo circolante della cambiale, mentre esempio di clausole connesse sono " per conto di", "documenti contro accettazione", valuta merci, ecc.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- le **clausole connesse** che pur inserite nella cambiale non influiscono sul rapporto cambiario, ma sono relative ai rapporti sottostanti.
  Tra queste le clausole alludenti alla provvista quali "segue avviso" "dietro avviso" ecc.
  Tutte queste clausole non influiscono sul rapporto cambiario ma danno indicazioni al trattario circa la giustificazione causale della tratta in modo che possa meglio regolarsi circa l'accettazione e il pagamento della tratta stessa.

7 : LA CAMBIALE TRATTA CON CESSIONE DELLA PROVVISTA

La cambiale tratta con cessione della provvista è un particolare tipo di cambiale garantita in quanto in essa il credito cambiario è garantito dalla cessione pro solvendo del credito derivante da forniture di merci che il traente ha nei confronti del trattario, cessione che viene attuata tramite apposita clausola indicata nella tratta.
La legge pone alcuni limiti all'adozione di tale clausola e in particolare il fatto che la provvista deve consistere necessariamente in un **credito derivante da fornitura di merci** e il fatto che la cessione della provvista può essere attuata **solo a favore di una banca**.

La garanzia consiste nell'attribuire al portare il potere di agire nei confronti del trattario sulla base di un rapporto sottostante (fornitura di merci) e quindi è destinata a funzionare per le cambiali tratte che non devono essere presentate per l'accettazione o nella eventualità che la cambiale non venga accettata.
Infatti qualora sia intervenuta l'accettazione la funzione della garanzia viene meno in quanto per effetto di essa sorge l'obbligazione cambiaria diretta del trattario.
La clausola può essere inserita solo dal traente e pur dovendo il primo prenditore o giratario essere una banca la garanzia opera a favore di tutti i successivi prenditori della cambiale.

8 : LA CAMBIALE IPOTECARIA

La cambiale ipotecaria è anch'essa una **cambiale garantita** e si caratterizza perché la garanzia del credito cambiario è costituita da una ipoteca iscritta su immobili o beni mobili registrati.
Una volta eseguita la iscrizione dell'ipoteca e la relativa annotazione sul titolo la circolazione della cambiale comporta anche la circolazione della garanzia ipotecaria senza bisogno di ulteriori annotazioni.

9 : L'ACCETTAZIONE DELLA TRATTA

L'emissione di una **tratta** presuppone un rapporto giuridico tra traente e trattario che giustifica l'ordine di pagamento del primo al secondo che si denomina **rapporto di provvista**.
Tale rapporto di provvista è un rapporto extracambiario che diventa rapporto cambiario solo con l'**accettazione** da parte del trattario. Infatti finchè non interviene l'accettazione la cambiale tratta contiene solo la promessa del traente di accettazione futura da parte del trattario in quanto in caso di mancata accettazione il debitore emittente dovrà rispondere in via di regresso. L'accettazione della tratta da parte del trattario può essere prevista come suo obbligo nel rapporto di provvista, ma se così non è il trattario non può essere considerato obbligato
all'accettazione per il solo fatto di essere debitore del traente.
Per tale motivo è consentito al traente di apporre la clausola "senza accettazione"(clausola derogativa) per effetto della quale viene vietata la presentazione al trattario per l'accettazione. Tale clausola non può essere apposta quando la cambiale sia pagabile presso un terzo, o in luogo diverso dal domicilio del trattario o sia ad un certo tempo vista.

L'accettazione è la dichiarazione con la quale il trattario si obbliga a pagare la cambiale alla scadenza e quindi con essa il trattario diventa obbligato principale e diretto.
Essa si attua mediante l'apposizione sulla cambiale della formula "accetto", "visto" o anche con la semplice sottoscrizione sul titolo del trattario accompagnata dalle proprie generalità.
L'accettazione presuppone la **presentazione** della cambiale che avviene con l'esibizione della cambiale al trattario al proprio domicilio, tale presentazione può avvenire fino alla scadenza della cambiale ma il traente può porre un termine iniziale e un termine finale per la presentazione (nella cambiale ad un certo tempo vista la presentazione deve avvenire entro un anno dalla data di emissione o nel termine minore o maggiore fissato dal traente).

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'accettazione deve essere **incondizionata** ma può essere fatta per una parte sola della somma.
L'apposizione di condizioni equivale a rifiuto di accettazione anche se l'accettante rimane obbligato nei limiti della sua dichiarazione.
L'accettazione non produce effetto se viene cancellata prima della restituzione del titolo, tuttavia se il trattario abbia dato notizia dell'accettazione al portatore della cambiale o ad uno dei firmatari di essa e poi abbia cancellato l'accettazione gli effetti di questa permangono nei confronti di quel portatore e di quel firmatario della cambiale.

L'**accettazione** può avvenire **per intervento** da parte di persona diversa dal trattario, sia che tale intervento sia fatto **per indicazione** del traente (**indicazione di bisogno**) sia che l'intervento sia **spontaneo** (**intervento per onore**).
L'accettazione per intervento è ammesso solo in caso di mancata accettazione o di fallimento del trattario prima dell'accettazione e determina il fatto che il regresso nei confronti del traente non può essere esercitato prima della presentazione della cambiale all'interventore e fino a quando il suo eventuale rifiuto sia stato fatto constatare tramite protesto.
L'accettazione per intervento deve essere apposta sulla cambiale mediante sottoscrizione dell'interveniente che deve anche specificare a favore di chi interviene. In mancanza di ciò la legge presume che l'intervento sia fatto per conto del traente.
L'accettazione per intervento comporta che l'interveniente assuma obbligazioni pari a quella della persona per conto della quale interviene.
L'accettazione per intervento cessa di essere efficace e la relativa obbligazione dell'interveniente si estingue se la cambiale non viene presentata per il pagamento all'interveniente entro il giorno successivo a quello consentito per elevare protesto per mancato pagamento.

10 : LA GIRATA

Per le cambiali la **girata** non ha solo una funzione in merito al trasferimento del titolo di credito, ma anche la funzione di **promessa cambiaria**.
Infatti la legge stabilisce che il girante (se non vi è clausola contraria) risponde dell'accettazione e del pagamento della cambiale nei confronti del portatore della cambiale.
Si tratta di una **obbligazione indiretta** (ossia **di regresso**) e non di obbligazione diretta in quanto il girante non promette un fatto proprio, ma un fatto di un terzo e quindi la responsabilità sorge solo qualora il terzo non ponga in essere quanto promesso.
Tale funzione di garanzia della girata può essere eliminata con la clausola "senza garanzia" o altra similare o può essere limitata al giratario diretto mediante una clausola che vieti la successiva circolazione del titolo.
Tale funzione di garanzia non sussiste neanche nella girata per l'incasso o per procura in quanto con queste clausole il giratario assume la figura di un mandatario del girante, puro detentore del titolo e quindi solo come tale potrà esercitare per conto del girante tutti i diritti inerenti alla cambiale e non potrà girarla a terzi se non per procura.

La girata come promessa cambiaria non può essere condizionata, ma se viene apposta condizione allora questa non determina la nullità della girata, ma è giuridicamente irrilevante: si considera cioè come non scritta.
Nulla è invece la girata parziale.
La girata deve essere apposta sulla cambiale (o sul foglio di allungamento della stessa) e deve essere sottoscritta dal girante, può essere piena o in bianco (e cioè non indicare il nome del beneficiario).

11 : L'AVALLO

Le obbligazioni cambiarie possono essere assistite da **garanzie personali** e tale garanzia può essere prestata fuori dal documento cambiario con una fideiussione o in **forma cambiaria** e quindi sulla cambiale mediante l'**avallo**.
L'avallo è una **obbligazione cambiaria di garanzia** e quindi costituisce una obbligazione **accessoria** rispetto alla obbligazione cambiaria garantita. Tuttavia tale accessorietà deve essere intesa secondo i principi del diritto cambiario e quindi assume un significato diverso rispetto alla accessorietà della fideiussione, la quale è accessoria ad una obbligazione principale e ne segue le sorti.
Tale accessorietà dell'avallo secondo i principi del diritto cambiario pone le seguenti conseguenze.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La prima à che l'avallo viene meno solo quando l'obbligazione garantita non esiste come obbligazione cambiaria e quindi quando esistono quei **vizi di forma** che rendono nulla la cambiale secondo i principi cambiari. Invece quando l'obbligazione pur esistendo come obbligazione cambiaria è nulla l'avallo è comunque valido.

Altre conseguenze sono le seguenti:

- l'avallante è obbligato nello stesso modo di colui per il quale l'avallo viene dato e quindi in via principale se è stato garantito l'emittente e invia di regresso se è stato garantito un girante.
- l'avallante che paga acquista i diritti cambiari contro l'avallato e contro coloro che erano obbligati nei confronti di quest'ultimo.
- l'obbligazione dell'avallante si estingue se si estingue l'obbligazione dell'avallato e quindi l'avallante può opporre al portatore della cambiale l'estinzione del debito dell'avallato qualunque ne sia la causa (pagamento, remissione del debito, prescrizione).
- è dubbio se l'avallante possa opporre al creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporre l'avallato. Infatti l'art 37 della legge cambiaria esclude che l'avallante possa opporre le eccezioni (diverse da quelle fondate su un vizio di forma) che sono relative all'esistenza dell'obbligazione cambiaria dell'avallato (es. falsità della sottoscrizione, mancanza di volontà, difetto di rappresentanza) ma non esclude la possibilità da parte dell'avallante, ferma restando l'esistenza della obbligazione cambiaria dell'avallato, di opporre al portatore della cambiale le eccezioni che avrebbe potuto opporre l'avallato sulla base del suo rapporto con il portatore.
  L'art. 37 legge cambiaria quindi sancisce solo che l'avallante rimane obbligato anche se non vi è obbligazione cambiaria dell'avallato ma non sancisce che, quando l'obbligazione esiste, l'avallante non possa opporre al portatore le stesse eccezioni che avrebbe potuto porre l'avallato.

L'avallo è una dichiarazione cambiaria con la quale un soggetto (avallante) garantisce il pagamento della cambiale per tutta o parte della somma mediante la formula "per avallo" sottoscritta dall'avallante sulla cambiale o sul suo foglio di allungamento.
In mancanza di tale formula si considera avallo anche la firma di persona diversa dall'emittente, traente o trattario, apposta sulla parte anteriore della cambiale.
L'avallo deve indicare la persona per la quale è prestato e in mancanza si ritiene dato per il traente nella tratta e per l'emittente nella cambiale diretta.
Nel silenzio della legge si deve ritenere che sia valido l'avallo condizionato e quindi l'efficacia della apposizione di una eventuale condizione.

12 : IL PAGAMENTO

Il **pagamento della cambiale** presuppone, come ogni altro titolo, la richiesta di pagamento fatta mediante **presentazione del titolo** a chi deve pagare.
Legittimato a chiedere il pagamento è il portatore della cambiale che giustifica il suo diritto con una serie continua di girate, anche se l'ultima è in bianco.
Chi paga alla scadenza deve controllare la regolarità formale delle girate e la loro continuità e non l'autenticità della firma dei giranti e più in generale la loro validità sostanziale.
Eseguiti tali controlli e identificato l'attuale possessore il debitore cambiario è liberato anche se paga al non titolare a meno che da parte sua non vi sia dolo o colpa grave.
Il possessore della cambiale, alla scadenza deve presentare la cambiale per i pagamento al trattario (anche se non ha accettato)nella cambiale tratta e all'emittente nel pagherò cambiale e se la cambiale è domiciliata al domiciliata rio.
Se il trattante o l'emittente sono defunti la presentazione deve essere fatta ai loro eredi.
Nella cambiale a giorno fisso o a certo tempo data o vista la presentazione deve essere fatta nel giorno della scadenza o in uno dei due giorni feriali successivi.
La cambiale a vista invece deve essere presentata per il pagamento entro un anno dalla data di emissione.
L'omessa presentazione nei termini comporta la perdita dell'azione cambiaria nei confronti degli obbligati di regresso.
Il termine della scadenza nelle cambiali deve intendersi posto dalla legge a favore di entrambe le parti e quindi il debitore non può pagare in anticipo senza il consenso del creditore.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In deroga ai principi del diritto civile il portatore della cambiale non può rifiutare un pagamento parziale che deve essere annotato sul titolo che resta comunque in possesso del portatore.
Come l'accettazione anche il pagamento può essere fatto per intervento.
Il pagamento per intervento non può essere parziale e deve essere effettuato al più tardi nel giorno successivo all'ultimo giorno consentito per elevare il protesto per mancato pagamento.
Se alla scadenza il possessore rifiuta di accettare il pagamento del terzo non potrà più rivolgersi in regresso nei confronti di quegli obbligati che in conseguenza dell'intervento sarebbero stati liberati.
Il pagamento per intervento deve essere annotato per quietanza nella cambiale con l'indicazione della persona per la quale l'intervento è stato fatto; in mancanza l'intervento si presume fatto per l'ultimo obbligato in via di regresso (traente nella cambiale tratta, prenditore nella cambiale diretta).

13 : LE AZIONI CAMBIARIE: AZIONE DIRETTA E AZIONE DI REGRESSO

Il diritto del portatore al pagamento della cambiale sussiste:

- **direttamente** nei confronti dell'accettante della cambiale tratta, dell'emittente della cambiale diretta e dei loro avallanti
- **in via di regresso** nei confronti dei giranti, del traente e dell'accettante per intervento e dei loro avallanti.

Pertanto nel caso in cui l'emittente o l'accettante non paghino alla scadenza, il portatore ha due possibilità: esercitare l'**azione diretta** nei confronti dell'emittente, dell'accettante o dei loro avallanti o esercitare l'**azione di regresso** nei confronti degli altri obbligati cambiari.
Occorre dire che mentre l'azione diretta non richiede alcun adempimento e non è soggetto a decadenza, ma solo a prescrizione di tre anni, l'azione di regresso richiede particolari adempimenti (levata del protesto) ed è soggetta a breve termine di decadenza.

L'**azione di regresso** spetta al portatore della cambiale:

- **alla scadenza** se il pagamento da parte delle mittente o del trattario (abbia accettato o meno) non ha avuto luogo
- **prima della scadenza** se l'accettazione è stata rifiutata in tutto o in parte, in caso di fallimento del trattario o dell'emittente, in caso di esecuzione infruttuosa sui loro beni e in caso di fallimento del traente di una cambiale non accettabile (purchè non sia stata accettata per intervento).

L'azione di regresso spetta inoltre all'obbligato in via di regresso e all'interveniente che abbiano pagato la cambiale al portatore e in tal modo hanno riacquistato i diritti cambiari nei confronti degli obbligati antecedenti.

14 : CONTINUA: L'ESERCIZIO DEL REGRESSO E IL PROTESTO

Presupposto fondamentale per esercitare l'azione di regresso è la constatazione dei fatti che autorizzano al regresso stesso.
Nel caso in cui il regresso dipenda dalla dichiarazione di fallimento del trattario o dell'emittente (e nel caso di cambiale non accettabile del traente) tale constatazione si ha attraverso la sentenza dichiarativa di fallimento.
Negli altri casi invece la constatazione deve essere fatta tramite il **protesto**.
Il protesto è una **constatazione solenne dei fatti mediante atto pubblico** redatto da notaio o ufficiale giudiziario o un suo aiutante (se nel comune non esiste un notaio o un ufficiale giudiziario anche dal segretario comunale).
Il notaio e l'ufficiale giudiziario possono avvalersi della collaborazione di presentatori, nominati dal presidente della corte di appello, che presentano il titolo, ne incassano l'importo o constatano il mancato pagamento.
L'atto di protesto viene invece redatto successivamente dal notaio o dall'ufficiale giudiziario , il protesto può essere annotato sulla cambiale o posto su un atto separato e ha valore di atto pubblico.

Il protesto per mancata accettazione esenta il portatore dalla presentazione della cambiale per il pagamento o dal protesto per mancato pagamento.
Efficacia pari al protesto è riconosciuta alla dichiarazione di rifiuto dell'accettazione o del pagamento scritta dal trattario sulla cambiale.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il portatore può essere esonerato dall'obbligo del protesto se sulla cambiale sia stata posta la clausola "senza protesto" o altra equivalente.
Però la clausola deve essere apposta dal traente o dall'emittente in quanto se è apposta da un girante o da un avallante ha valore solo nei confronti di questo e quindi nei confronti degli altri il portatore non è esonerato dall'obbligo del protesto.
L'esonero dal protesto non dispensa comunque dagli altri adempimenti richiesti (presentazione della cambiale, avviso ai giranti). La legge fissa precisamente i termini per elevare protesto.
Il portatore, indipendentemente dal protesto, ha l'obbligo di dare avviso al proprio girante, al traente e agli eventuali avallanti di questi della mancata accettazione o del mancato pagamento entro i quattro giorni successivi al protesto (o alla presentazione in caso di clausola "senza protesto") e ogni girante deve a sua volta dare avviso al proprio girante.
La mancata presentazione o il mancato protesto nel caso questo sia obbligatorio comportano decadenza per il portatore dall'azione di regresso mentre il mancato avviso comporta solo l'obbligazione al risarcimento degli eventuali danni.

15 : CONTINUA: LA REALIZZAZIONE GIUDIZIALE E LA PRESCRIZIONE DEI DIRITTI CAMBIARI

L'azione cambiaria (diretta o di regresso) gode di un particolare regime processuale volto a consentire al creditore un più rapido recupero della somma dovutagli.
A tale proposito la legge stabilisce una procedura esecutiva tramite la quale la cambiale originariamente in regola con il bollo vale come **titolo esecutivo**. Il possessore pertanto può iniziare la procedura esecutiva sui beni del debitore senza doversi munire preventivamente di un provvedimento giudiziale di condanna.
In alternativa è previsto il procedimento ordinario in base al quale il portatore della cambiale può avvalersi dell'ordinario procedimento di cognizione volto ad ottenere la sentenza di condanna. Questa è peraltro l'unica via praticabile qualora la cambiale non fosse originariamente in regola con il bollo e purchè sia stata successivamente regolarizzata.
Su istanza del creditore il giudice deve emettere sentenza provvisoria di condanna se le eccezioni opposte dal debitore sono di lunga indagine imponendo al creditore il versamento di una cauzione qualora lo ritenga opportuno.
L'esecuzione può essere sospesa qualora il debitore disconosca la propria firma o il potere di rappresentanza di chi ha sottoscritto la cambiale o ricorrano gravi e fondati motivi, ma in questo caso la sospensione è subordinata alla prestazione di una cauzione.
Per quanto riguarda le eccezioni opponibili dal debitore vale quanto già detto in generale per i titoli di credito.

I diritti cambiari si prescrivono in tre anni per gli obbligati principali e di un anno o sei mesi per gli obbligati di regresso.

16 : LE AZIONI EXTRACAMBIARIE: L'AZIONE CAUSALE E L'AZIONE DI ARRICCHIMENTO

L'emissione e la circolazione della cambiale hanno di regola fondamento in un rapporto preesistente di debito tra chi da e chi riceve il titolo e tale rapporto non si estingue con l'emissione o la girata della cambiale a meno che non si provi che il rilascio della cambiale ha prodotto novazione del rapporto causale.
A) Per realizzare il proprio credito quindi il portatore della cambiale ha a disposizione oltre alle azioni cambiarie (diretta o di regresso) anche l'**azione causale**.
Ovviamente l'azione causale è possibile solo quando l'esercizio dell'azione cambiaria non sia più possibile o si sia prescritta o quando, essendo mancata l'accettazione e il pagamento il portatore non abbia più interesse ad esercitare l'azione cambiaria o la stessa si sia prescritta e oltretutto la legge sottopone tale possibilità ad alcuni limiti.
A parte il limite per cui deve sussistere la necessità di far ricorso all'azione causale (e quindi questa non può' essere esperita con preferenza sull'azione cambiaria per libera scelta del portatore) esiste l'altro limite per cui va tutelata la posizione di colui contro il quale l'azione si rivolge in modo tale che gli sia permesso di esercitare a sua volta i diritti cambiari in sostituzione del portatore. Quando quindi l'azione causale è rivolta contro un obbligato di regresso l'azione causale è consentita solo quando questo sia in condizione di poter esercitare a sua volta i diritti cambiari nei confronti dei precedenti obbligati di regresso.
La legge richiede quindi in questo caso per l'esercizio dell'azione causale che la cambiale sia stata depositata presso la cancelleria del giudice e che sia stato levato il protesto e compiute le formalità necessarie per conservare l'azione di regresso.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tali formalità non sono ovviamente necessarie qualora l'azione cambiaria si rivolta contro il debitore principale.
Pertanto in caso di decadenza o prescrizione dell'azione cambiaria l'azione causale può rivolgersi solo contro il debitore principale ed è preclusa nei confronti degli obbligati di regresso.

B) Può verificarsi che il portatore della cambiale abbia perduto, per decadenza o prescrizione tutte le azioni cambiarie e non abbia alcuna azione causale da esercitare.
In questo caso la legge cambiaria gli consente di agire contro il traente, l'accettante, l'emittente o il girante per la somma di cui si siano arricchiti ingiustamente a suo danno.
L'azione, inquadrabile in quella generale d ingiustificato arricchimento, sarà in concreto esercitabile solo nei confronti dell'obbligato cambiario beneficiario dell'arricchimento.
Quindi di regola nei confronti dell'accettante nella cambiale tratta o dell'emittente nel pagherò. L'**azione di arricchimento** cambiario si prescrive in un anno al giorno della perdita dell'azione cambiaria.

17 : LE CAMBIALI FINANZIARIE

Le cambiali sono state utilizzate anche per operazioni non di credito individuale, ma volte alla raccolta di pubblico risparmio.
In un primo tempo ciò avveniva tramite le **accettazioni bancarie**, operazione complessa che prevedeva un duplice rapporto tra imprenditore e banca e imprenditore e società finanziaria.
Oggi tale strumento non è più utilizzato ed è stato sostituito da quello della **cambiale finanziaria** che costituisce il nuovo strumento di finanziamento delle imprese e che è stata introdotta con legge del 1994 modificata nel 2012.
Si tratta di cambiali nella forma del pagherò, caratterizzate per l'**emissione in serie**.
Tale funzione fa emergere alcune deviazioni rispetto alla disciplina ordinaria della cambiale:

- la **scadenza**, che non può essere inferiore a 1 mese e non superiore a 36 mesi dalla data di emissione
- la **circolazione** che può avvenire esclusivamente mediante girata con la clausola 2senza garanzia".

CAPITOLO III : GLI ASSEGNI

1 : PREMESSE

1 : FUNZIONE E CARATTERI

A differenza della cambiale, che è uno strumento di credito, gli **assegni** hanno la funzione di **mezzi di pagamento sostitutivi della moneta**.
Tale funzione è messa in luce anche dalla disciplina anti riclaggio che, imponendo la clausola di non trasferibilità agli assegni di importo pari o superiore a 3000 euro riconosce loro il ruolo di mezzo che necessariamente deve sostituire la consegna di denaro.
Da un punto di vista formale anche gli assegni contengono una dichiarazione simile a quella della cambiale che si concreta in un **ordine di pagamento** (assegno bancario) **o promessa di pagamento** (assegno circolare), ma a differenza della cambiale per l'emissione dell'assegno è richiesta l'esistenza della provvista (ossia della somma necessaria per il pagamento) tanto è vero che sono previste sanzioni amministrative per il mancato pagamento per difetto di provvista.
Gli assegni inoltre, proprio perché mezzi di pagamento, sono sempre pagabili a vista e quindi all'atto della presentazione, non richiedono accettazione e sono soggetti ad un breve termine legale di presentazione e inoltre qualunque promessa di interessi inserita nell'assegno si considera come non scritta.

2 : L'ASSEGNO BANCARIO

2 : STRUTTURA E PRESUPPOSTI

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'assegno bancario è un titolo di credito **all'ordine o al portatore** contenente un **ordine** diretto ad una banca di pagare al possessore del titolo secondo la legge di circolazione la somma indicata sull'assegno (art 1 l.ass.).
La dichiarazione contenuta corrisponde a quella della **cambiale tratta,** ma l'ordine di pagamento deve essere necessariamente diretto ad una banca e l'emissione dell'assegno prevede l'esistenza di somme disponibili presso la banca cui l'ordine è diretto di cui il traente deve avere autorizzazione a disporre.
Tuttavia l'esistenza di somme disponibili e l'autorizzazione a disporne mediante assegno sono **requisiti di regolarità**, ma non di validità dell'assegno in quanto la dichiarazione cambiaria del traente come quelle degli eventuali giranti sono valide ed efficaci anche quando tali requisiti non sussistono.
Come abbiamo detto l'emissione di assegni senza autorizzazione o senza provvista comporta l'applicazione al traente di sanzioni amministrative pecuniarie ed accessorie (l'obbligo di pagare una penale al prenditore o al giratario).

La subordinazione dell'emissione dell'assegno bancario al verificarsi di quei 2 presupposti pone in luce la differenza tra cambiale tratta e assegno bancario.
Il **rapporto di provvista,** che nella cambiale tratta assume solo rilievo nei rapporti tra traente e trattario, è invece alla base dell'assegno bancario: proprio in base a ciò si spiegano le sanzioni in caso della sua esistenza.
Da ciò deriva che l'ordine di pagamento nell'assegno bancario non è, come nella cambiale tratta, un ordine generico, ma un **ordine qualificato** all'esistenza della provvista e dalla possibilità di disporne.

3 : LA POSIZIONE DELLA BANCA TRATTARIA E IL VINCOLO DI DESTINAZIONE DELLA PROVVISTA
L'essenza dell'assegno bancario si incentra sull'**ordine di pagamento** diretto alla banca e qualificato da quei presupposti.
A differenza della cambiale tratta, per l'assegno vige per la banca il divieto di accettazione e pertanto per la banca nell'assegno bancario non sorge in nessun momento una obbligazione cambiaria nei confronti del portatore del titolo.
Certamente con l'apertura del conto corrente la banca si obbliga ad onorare gli assegni nei limiti dei fondi disponibili, ma si tratta di un'obbligazione ex mandato che la banca assume nei confronti del cliente e non nei confronti del prenditore degli assegni.
Ne consegue che il rifiuto ingiustificato di pagare l'assegno espone la banca a responsabilità contrattuale nei confronti del traente e non del prenditore.

Tuttavia deve ritenersi che a carico della banca nei confronti del prenditore debba sussistere una **obbligazione extracambiaria** che trova il suo fondamento nella convenzione di assegno il cui rilievo non può essere limitato alle parti contraenti.
Vari argomenti convincono infatti che tale obbligazione non possa essere negata, con la conseguenza che il rifiuto di pagare l'assegno potrebbe determinare una responsabilità della banca.
Tutto ciò è confermato da alcune disposizioni come l'art 35 o l'art 3 l.ass.
Un obbligo della banca nei confronti del possessore è generalmente ammesso nell'ipotesi di **assegno a copertura garantita.**

Queste diverse situazioni mettono in luce che l'emissione dell'assegno assume rilevanza e deve essere considerata non solo come atto cambiario e fonte di obbligazioni, ma anche in riferimento al rapporto di provvista che la legge pone come presupposto.
Per effetto della **convenzione di assegno** è dato al correntista della banca il potere di disporre mediante assegno della somma disponibile. L'emissione dell'assegno costituisce appunto un atto di esercizio di questo potere, il quale non determina una cessione della provvista, ma l'attribuzione ai fondi disponibili di una **destinazione specifica** non modificabile dal traente.
Deve ritenersi pertanto che la banca non possa arbitrariamente o d'accordo con il traente negare quella destinazione della provvista imposta dall'emissione dell'assegno una volta che l'assegno
dia stato emesso e quindi deve ritenersi che la banca sia responsabile verso il portatore se non paga l'assegno pur avendo presso di sé i fondi disponibili e pur essendo il portatore possessore legittimo dell'assegno.

Il **vincolo di destinazione** sorge in momenti diversi per il traente e per la banca.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per il traente sorge al momento dell'**emissione dell'assegno** e pertanto, quando il traente consegna l'assegno, l'ordine di pagamento non può essere revocato né possono essere eliminati con un suo atto di volontà gli effetti giuridici che ne conseguono circa la provvista.
Per la banca invece il vincolo di destinazione sorge al momento della **presentazione dell'assegno**.
Pertanto essendo per il traente decisivo il momento dell'emissione, le vicende successive riguardanti la sua persona non possono modificare la situazione creata con l'emissione (es, morte del traente, sua sopravvenuta incapacità, dichiarazione di fallimento del traente).
Essendo invece per la banca decisivo il momento della presentazione, la banca deve pagare l'assegno anche se le disponibilità non esistevano al momento della emissione e sono state create prima della presentazione, mentre la banca non è tenuta a pagare se la disponibilità esistente al momento della emissione sia venuta meno al momento della presentazione.
Spetta infatti al traente e non alla banca assicurarsi che la disponibilità non venga meno per tutto il periodo di presentazione e lo stesso traente sa che se ha più rapporti con la banca la banca stessa ha diritto di compensare i suoi crediti con le somme disponibili nel conto.

4 : LA DICHIARAZIONE DI ASSEGNO E GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL DOCUMENTO

La dichiarazione di assegno è soggetta agli stessi requisiti di capacità della dichiarazione cambiaria. Un differenza sta invece nel fatto che il potere di emettere assegni si ritiene insito nella procura generale, anche se non conferita dall'imprenditore con riferimento all'esercizio dell'impresa (salvo se non sia espressamente esclusa), mentre per la cambiale la procura generale comprende anche la facoltà di obbligarsi cambiariamente solo se rilasciata dall'imprenditore con riferimento all'esercizio dell'impresa. Il rappresentante senza poteri o che abbia ecceduto dei suoi poteri è obbligato cambiariamente come se avesse firmato l'assegno in proprio.

La dichiarazione di assegno è una dichiarazione documentale e la legge fissa norme rigorose circa i requisiti che il documento deve avere perché possa valere come assegno, requisiti che devono sussistere al momento della presentazione. La regolarità del bollo non è invece requisito di validità dell'assegno, ma è solo un presupposto della sua efficacia come titolo esecutivo.
Sono requisiti formali di validità la cui mancanza comporta che il titolo non vale come assegno bancario (e quindi come documento) i seguenti:

1. la **denominazione di assegno bancario** inserita nel contesto del titolo ed espressa nella lingua in cui lo stesso è redatto
2. **l'ordine incondizionato di pagare una somma determinata**, di regola espressa in lettere e in cifre
3. **l'indicazione del trattario** (cioè di chi è destinato a pagare) che può essere solo una banca
4. **l'indicazione del luogo di pagamento**, ma in mancanza vale quello di emissione
5. la **data e il luogo di emissione** dell'assegno. L'assegno posdatato costituisce una irregolarità e comporta applicazione di sanzioni fiscali
6. la **sottoscrizione del traente** per la quale valgono le considerazioni fatte per la cambiale. Non è invece necessaria l'indicazione del prenditore perché in tal caso l'assegno è al portatore (cosa vietata se l'assegno supera 3000 euro).

5 : GLI ELEMENTI ACCIDENTALI DEL DOCUMENTO: LE CLAUSOLE LIMITATIVE DELLA CIRCOLAZIONE E DELLA LEGITTIMAZIONE

La circolazione dell'assegno bancario presenta maggiori rischi rispetto a quelli della circolazione cambiaria e pertanto la legge consente l'adozione di particolari clausole che tendono ad escludere o limitare i pericolo inerenti alla circolazione.
Il mezzo più radicale è quello della apposizione della **clausola non trasferibile** sull'assegno.
Tale clausola toglie all'assegno il carattere di titolo di credito impedendone la circolazione, in quanto l'assegno con questa clausola è pagabile solo al prenditore e non può essere da questo girato se non al banchiere per l'incasso. In caso di smarrimento o sottrazione non è necessario ricorrere alla procedura di ammortamento, ma basta la semplice denuncia.

La **clausola "non all'ordine**" ha invece effetto più limitato in quanto non consente la circolazione nelle forme proprie di circolazione del titolo, ma il titolo può essere trasferito con le forme e gli effetti propri della cessione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le altre seguenti clausole (sbarramento, clausole di accreditamento e di assegno turistico) invece non intaccano la trasferibilità del titolo, ma limitano la legittimazione.
Lo **sbarramento** consiste nell'apporre due rette parallele sulla parte anteriore dell'assegno.
La sbarratura può essere generale quando tra le sbarre non vi è indicazione o vi è la parola banchiere o speciale quando tra le sbarre è scritto il nome di un determinato banchiere.
L'assegno sbarrato è pagabile dal trattario solo ai propri clienti e nel caso di sbarramento speciale solo al banchiere indicato.
Lo sbarramento offre una tutela limitata contro i rischi di furto o smarrimento evitando che il pagamento sia effettuato a persona che non abbia già avuto rapporti con la banca trattaria.

L'**assegno turistico** è un assegno bancario che viene tratto da una banca su una propria filiale estera.
E' di regola stilato in valuta estera e rilasciato al prenditore dietro contestuale versamento dell'importo corrispondente. Chi si deve recare all'estero dispone perciò di un titolo agevolmente negoziabile in quanto la copertura è sicura. Inoltre il pericolo di smarrimento e furto è attenuato.
Caratteristica dell'assegno turistico è infatti che il pagamento è subordinato alla presenza sul titolo di una doppia firma conforme del prenditore.
La prima firma è apposta al momento del rilascio del titolo e la seconda al momento del pagamento e la banca trattaria o il giratario possono così agevolmente controllare l'autenticità della seconda firma confrontandola con quella esistente sull'assegno.

La **clausola di accreditamento** comporta invece che l'assegno non può essere pagato in contanti, ma chi intende incassare l'importo deve versarlo sulla banca trattaria se ne è cliente al fine che venga accreditato sul proprio conto.

6 : LA PRESENTAZIONE E IL PAGAMENTO

L'assegno bancario è sottoposto allo stesso regime della cambiale tratta per quanto riguarda la validità della sottoscrizione, la responsabilità del traente e dei giranti, l'avallo, la circolazione, il pagamento, le azioni che spettano al possessore e l'ammortamento, tuttavia la disciplina delle due figure si differenzia per il momento della **presentazione** e del **pagamento.**
Ulteriori differenze riguardano elementi di dettaglio, per esempio:

- la scadenza dell'assegno bancario è necessariamente a vista
- qualsiasi promessa di interessi inserita nell'assegno si ha per non scritta
- sono ammesse copie solo informatiche e solo per gli assegni internazionali

Il **termine di presentazione** è limitato in modo tale da conservare all'assegno il carattere di strumento di pagamento.
L'assegno deve essere presentato, anche in forma elettronica, per il pagamento entro i **termini brevi**: 8 giorni dalla data di emissione se è pagabile nel luogo di emissione, 15 giorni se è pagabile in altro comune di stato, 20 o 60 giorni se è pagabile all'estero.
La mancata presentazione nel termine comporta il **venir meno della garanzia dei giranti**: permane invece l'azione nei confronti del traente e la possibilità di esigere il pagamento del trattario, a meno che non sia intervenuta **revoca dell'ordine** da parte del traente (la revoca infatti è senza effetto durante il termine di presentazione, ma acquista efficacia dopo che questo è decorso).
La presentazione dell'assegno dunque è diretta solo al **pagamento** e non all'accettazione.
L'assegno non consente infatti accettazione da parte della banca: non deve confondersi con l'accettazione il **visto** (o certificazione) posto sull'assegno dalla banca trattaria che non comporta obbligo di pagamento, ma ha solo l'effetto di accertare l'esistenza dei fondi ed impedirne il ritiro da parte del traente prima della scadenza del termine di presentazione.
Dal fatto che l'assegno non è suscettibile di accettazione deriva che l'azione cambiaria è solo azione di regresso.
Nei confronti dei giranti l'esercizio dell'azione di regresso è subordinato alla presentazione dell'assegno nel termine di legge e alla certificazione del mancato pagamento mediante **protesto**, che può anche essere effettuato in forma elettronica. Non sono invece necessarie per esercitare l'azione di regresso contro il traente.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Mancando un'obbligazione cambiaria della banca, essa in sede di pagamento deve accertare sia la legittimazione del possessore, ma anche la **provenienza dell'ordine dal cliente,** cioè **l'autenticità della firma del traente** sulla base della firma depositata dal traente (specimen) al momento dell'apertura del conto corrente.
Tutti questi sono controlli necessari perché la banca non versi in colpa grave nel pagamento e possa legittimamente addebitare al traente l'importo dell'assegno pagato. Si tratta quindi di controlli che la banca deve eseguire con la diligenza professionale dell'accorto banchiere per esonerarsi da responsabilità nei confronti del traente.

La circolazione dell'assegno bancario è basata fondamentalmente sulla fiducia nella persona del traente in quanto, in mancanza di una obbligazione cambiaria del trattario, il pagamento potrà essere effettuato solo se alla presentazione ci saranno i fondi disponibili. Per tale motivo l'accettazione di assegni avviene in genere nei rapporti tra persone conosciute.
Per aumentare la diffusione degli assegni come strumento di pagamento sono stati introdotti gli **assegni vademecum** e gli **assegni a copertura garantita**, i quali danno al possessore la sicurezza dell'esistenza presso la banca dei fondi disponibili per il pagamento in quanto il traente ha provveduto a vincolare presso la banca le somme necessarie per la copertura degli assegni a copertura garantita.

Esiste poi un altro meccanismo, quello della **carta assegni**, con la quale la banca assicura al primo prenditore il pagamento dell'assegno purchè sia presentato nei termini prescritti dalla legge per il protesto. La funzione della carta assegni è simile a quella degli assegni a copertura garantita, ma nei secondi l'obbligazione della banca deriva dalla dichiarazione di esistenza dei fondi, che vengono bloccati al momento del rilascio del libretto di assegni e quindi sussiste nei confronti di tutti i successivi portatori e giratari dell'assegno.
Nella carta assegni invece l'obbligazione della banca deriva dal rilascio della carta e viene assunta soltanto nei confronti del prenditore. In tal modo la banca assume l'obbligo di pagare anche se nel conto non vi sono fondi disponibili fornendo essa stessa le disponibilità necessarie per il pagamento, ma tale garanzia non si estende nei confronti dei terzi possessori.

3 : L'ASSEGNO CIRCOLARE E I TITOLI SPECIALI

7 : L'ASSEGNO CIRCOLARE

L'**assegno circolare** è un titolo di credito **all'ordine**, emesso da un istituto autorizzato, che contiene la **promessa di pagare** a vista la somma indicata sul titolo.
A differenza dall'assegno bancario che ha la struttura di una tratta e non comporta obbligazione cambiaria della banca, l'assegno circolare ha la struttura della cambiale **diretta**, cioè del **pagherò cambiario**, e comporta **obbligazione cambiaria della banca**.
Per tale motivo l'assegno circolare è un mezzo di pagamento più sicuro dell'assegno bancario in quanto chi lo riceve in pagamento può essere sicuro sul fatto che esso sarà pagato dalla banca emittente che lo ha emesso. A maggiore garanzia è anche stabilito che gli istituti autorizzati ad emettere assegni circolari devono depositare presso la banca d'Italia una **cauzione** pari al 40% dell'ammontare degli assegni in circolazione e che su tale cauzione spetti un **privilegio** ai portatori di assegni circolari di quell'istituto.
Elementi essenziali del titolo sono (art 83 l.ass.):

- la denominazione di assegno circolare inserita nel titolo
- la promessa incondizionata di pagare a vista una somma determinata
- l'indicazione del prenditore
- l'indicazione della data e luogo di emissione
- la sottoscrizione dell'istituto emittente.

Si applicano all'assegno circolare le disposizioni poste per la cambiale con la differenza che il **termine legale di presentazione** è fissato in trenta giorni dall'emissione (la mancata presentazione in questo termine comporta decadenza dall'azione di regresso), mentre l'azione nei confronti dell'emittente si prescrive nel termine di tre anni dall'emissione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Inoltre poiché l'assegno è emesso a seguito di costituzione della relativa provvista a parte di chi ne fa richiesta per utilizzarlo come strumento di pagamento, la legge, nel caso di assegno intestato a terzi emesso con la clausola non trasferibile, riconosce al richiedente il potere di chiedere il ritiro della provvista previa restituzione del titolo.

8 : I TITOLI SPECIALI

La legge sugli assegni regola anche 3 **titoli speciali della Banca d'Italia** : il vaglia cambiario, l'assegno bancario libero e l'assegno bancario piazzato.

A) Il **vaglia cambiario** è un tipo particolare di assegno circolare che non può essere emesso se non contro versamento nelle casse dell'istituto del corrispondente importo.

A garanzia dei vaglia cambiari emessi la Banca d'Italia deve costituire apposita riserva in oro o divise estere convertibili in oro.

B) L'**assegno bancario libero** è un titolo all'ordine emesso per conto della banca d'Italia contro versamento del relativo importo da corrispondenti autorizzati a seguito di versamento di idonea cauzione. Anche per questo titolo deve essere costituita la particolare garanzia prevista per il vaglia cambiario.

La funzione dell'assegno bancario libero come quella del vaglia cambiario è quello di consentire l'emissione di titoli della banca d'Italia in quelle località dove la banca d'Italia non ha filiali e dove quindi essa si avvale dell'organizzazione bancaria altrui e autorizza, dietro versamento di una cauzione, il corrispondente ad emettere assegni sui moduli filigranati da essa stessa consegnati. Concretamente l'assegno bancario libero ha quindi la struttura del vaglia cambiario, ma la legge parlando della banca d'Italia come trattario e del corrispondente come traente, richiama la disciplina dell'assegno bancario.

Proprio per questo si è sostenuto che l'assegno bancario libero non comporta una obbligazione cambiaria della banca d'Italia e si è assimilato questo titolo ad un assegno bancario a copertura garantita dando alla cauzione la funzione di garanzia a favore del portatore dell'assegno.

In realtà ciò non è accettabile in quanto la diversità dell'assegno bancario libero con il vaglia cambiario sta solo nelle modalità di emissione in quanto nel primo è la stessa Banca d'Italia ad emettere l'assegno, nel secondo il corrispondente autorizzato.

Tuttavia in entrambi i casi vi è obbligazione cambiaria della banca d'Italia**,** come è dimostrato dal fatto che per entrambi i titoli è necessaria la costituzione di una garanzia. Il fatto che il corrispondente agisca in nome proprio comporta come conseguenza che anch'egli sia obbligato cambiario, ma non elimina l'obbligazione cambiaria della banca d'Italia.

C) Diversa è invece la natura dell'**assegno bancario piazzato** in quanto questo è un titolo che ha la struttura dell'assegno bancario.

E' un titolo all'ordine emesso per conto della banca di Italia da corrispondenti autorizzati e pagabile presso una sola filiale dell'istituto di emissione. A differenza dall'assegno bancario libero non è richiesto il versamento preventivo del controvalore.

CAPITOLO IV : I TITOLI OBBLIGAZIONARI E I TITOLI RAPPRESENTATIVI DI MERCI

1 : I TITOLI OBBLIGAZIONARI

I **titoli obbligazionari** sono titoli di credito emessi da enti privati o enti pubblici per il collocamento sul mercato di prestiti a lunga scadenza, costituiscono **frazioni di un unico prestito**, emesso sulla base di un solo programma, sono assistiti da garanzie collettive e rimborsati sulla base di un piano di ammortamento stabilito per l'intero prestito.

I titoli obbligazionari sono ricompresi nei titoli di credito e quindi soggetti alla relativa disciplina per quanto riguarda l'incorporazione del diritto nel documento e la funzione di legittimazione che permette l'esercizio del diritto incorporato nel titolo a prescindere dalla prova sulla proprietà. Tuttavia, pur costituendo una categoria unitaria, vi sono differenze tra le varie categorie per quanto riguarda la posizione di autonomia attribuita all'obbligazionista.

Infatti, per quanto riguarda i **prestiti obbligazionari pubblici o emessi da banche,** la posizione dei singoli obbligazionisti è totalmente autonoma, mentre per quanto riguarda i **prestiti emessi dalle società per azioni o dalle società in accomandita per azioni** l'autonomia del singolo obbligazionista viene ad essere

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

limitata dalla presenza di posizioni soggettive di gruppo che vengono realizzate attraverso organi comuni come l'assemblea degli obbligazionisti e il rappresentante comune.
Pertanto i titoli obbligazionari emessi dalle società per azioni sono non solo titoli di massa, ma anche veri e propri titoli di partecipazione.

L'emissione di titoli obbligazionari è possibile per legge solo per le società per azioni (le società a responsabilità limitata possono emettere solo titoli di debito), per stato, province e comuni e per le banche.
Essi possono essere rimborsati a scadenza fissa o su un piano di ammortamento, possono essere a reddito fisso o variabile, possono essere assistiti da garanzie reali o personali, possono essere emessi in moneta dello stato o moneta estera.
I titoli obbligazionari possono essere al portatore o nominativi, ma mai all'ordine.

2 : CONTINUA: LE OBBLIGAZIONI BANCARIE

La capacità di emettere obbligazioni rientrando nella funzione della raccolta del risparmio tra il pubblico è tipica delle banche e quindi possiamo dire che la possibilità di emettere obbligazioni da parte delle società non bancarie e degli enti pubblici deve considerarsi come un'eccezione.
La relativa disciplina è contenuta nel testo unico bancario.

3 : I TITOLI RAPPRESENTATIVI DI MERCI: I TITOLI DI TRASPORTO

I titoli rappresentativi di merci sono quegli strumenti che, riguardando merci determinate e specificate, producono, oltre ai normali **effetti obbligatori** (che consistono nel diritto di esigere la prestazione alla scadenza), anche **effetti reali** in quanto secondo la legge attribuiscono il diritto alla consegna, il possesso e il potere di disporre delle merci mediante trasferimento del titolo (non attribuiscono però la proprietà delle merci).
Sono titoli rappresentativi i **titoli di trasporto** e i **titoli di deposito** quando ad essi sia attribuita la funzione e il carattere di titoli di credito e non quando per volontà delle parti la loro funzione si limita al campo della prova.

A) Nei **trasporti terrestri** sono titoli rappresentativi di merci il **duplicato della lettera di vettura** e la **ricevuta di carico**. Essi devono indicare la natura, il peso e la quantità di cose da trasportare, nonché le condizioni del trasporto. Il mittente se il vettore lo richiede deve rilasciare un duplicato della lettera di vettura o una ricevuta di carico.
Tali documenti se vengono emessi con la clausola all'ordine costituiscono titoli di credito e in questo caso solo chi è legittimato dal titolo può esercitare i diritti nascenti dal contratto di trasporto. Il trasferimento di tali diritti avviene mediante girata.

B) Nei **trasporti marittimi** hanno efficacia rappresentativa la **polizza di carico,** la **polizza ricevuta per l'imbarco** e gli **ordini di consegna proprio**; è dubbia l'efficacia rappresentativa degli **ordini di consegna impropri.**

- La **polizza di carico** e la **polizza ricevuta per l'imbarco** sono emesse dal vettore marittimo rispettivamente quando le merci sono state caricate le seconde quando sono consegnate al vettore (art 458 cc).
  Esse fanno prova dell'avvenuto caricamento e della consegna di merci.
  Nel sistema attuale si riconosce efficacia rappresentativa anche alla **polizza nominativa** che prima aveva solo efficacia probatoria: essa tuttavia non è un titolo di credito nominativo: non si trasferisce mediante transfert, ma mediante annotazione del nome del nuovo intestatario sul titolo o per girata.
- Gli **ordini di consegna propri** sono titoli emessi, su richiesta del possessore della polizza, dal vettore o dal raccomandatario, contenete l'ordine al comandante della nave di consegnare le merci in essi indicata: essi consentono la disposizione parziale del carico e costituiscono veri e propri titoli frazionari della polizza di carico.
- Diversa struttura hanno gli **ordini di consegna impropri** che contengono l'ordine al comandante di consegnare le merci al possessore, ma sono emessi dal possessore della polizza. È dubbia a riguardo l'efficacia rappresentativa.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

C) Nei **trasporti aerei** costituiva titolo di credito la **lettera di trasporto aereo** la cui disciplina però, a seguito della accresciuta rapidità con cui i trasporti aerei si attuano, è stata abrogata.

4 : CONTINUA: I TITOLI DI DEPOSITO

Nei contratti di deposito i titoli eventualmente emessi dal depositario hanno di solito funzione probatoria e solo la fede di deposito e la nota di pegno emesse dai magazzini generali hanno efficacia rappresentativa di e di titolo di credito.
La **fede di deposito** è un titolo all'ordine, emesso dal magazzino generale su richiesta del depositante in cui sono indicate le merci depositate con tutti gli estremi atti ad individuarle, il luogo del deposito, il nome del depositante ed è specificato se per le merci siano stati pagati i diritti doganali e se essa sia stata assicurata.
La **nota di pegno** è un documento allegato alla fede di deposito che consente di costituire pegno sulle merci depositate e serve ad ottenere, per il possessore, eventuali anticipazioni sulle merci. La fede di deposito e la nota di pegno possono circolare sia congiuntamente che separatamente e infatti vengono separate quando sulle merci depositate si costituisce un diritto di pegno.

CAPITOLO V : IL MERCATO FINANZIARIO

1 : PREMESSE

1 : MERCATO FINANZIARIO E TUTELA DEI RISPARMIATORI

La nozione di **titolo di massa** ha un ruolo interno al sistema dei titoli di credito: con essa si individuano i titoli rispetto ai quali, data la loro funzione economica, appare dubbia l'applicabilità della disciplina generale.
Diverso è il ruolo della nozione di **valore mobiliare** definiti come quei valori in grado di essere negoziati sul mercato dei capitali.
Nella nuova disciplina, accanto al concetto di valore mobiliare, sono stati posti i concetti più ampi di strumento finanziario e di prodotto finanziario. Ne risulta un sistema che potrebbe definirsi a cerchi concentrici dove i valori mobiliari sono contenuti negli strumenti finanziari che a loro volta sono contenuti nei prodotti finanziari. In tal modo:
a) i **valori mobiliari,** in quanto negoziati sul mercato dei capitali, comprendono le azioni e obbligazioni delle società oltre ai titoli che consentono di acquistarli o venderli e quelli che con riferimento ad essi prevedono un regolamento in contanti.
b) Gli **strumenti finanziari** invece comprendono, oltre ai valori mobiliari, gli strumenti del mercato monetario (buoni del tesoro, certificati di deposito) e i cosiddetti strumenti finanziari derivati.
La categoria degli strumenti finanziari è una categoria parzialmente chiusa in quanto compete al Ministro dell'Economia e delle Finanze individuare nuove categorie di strumenti finanziari.
c) Una categoria invece aperta è quella dei **prodotti finanziari** la quale, oltre agli strumenti finanziari (e quindi anche i valori mobiliari), comprende ogni altra forma di investimento di natura finanziaria.
E' chiaro che, comprendendo i prodotti finanziari ogni altra eventuale forma di investimento di natura finanziaria, a proposito di essa si pone una normativa volta a tutelare il risparmiatore nei confronti di tutte le operazioni di appello al risparmio in qualunque forma esse si attuino.

2 : L'APPELLO AL PUBBLICO RISPARMIO

Nel concetto di **prodotto finanziario** viene a ricomprendersi il fenomeno **dell'appello al pubblico risparmio**.
Tale fenomeno viene disciplinato dal testo unico bancario e consiste in ogni operazione di massa, gestita da un promotore o da un terzo, che viene offerta al pubblico degli investitori con la prospettazione di un profitto e che ha caratteristiche tali da escludere che gli investitori possano gestirla o controllarla in modo determinante.
Secondo il testo unico bancario l'appello al pubblico risparmio può concretizzarsi in un appello diretto all'**investimento** (e quindi avente per oggetto la vendita o sottoscrizione di prodotti finanziari) o al **disinvestimento** (e quindi avente per oggetto l'acquisto o lo scambio di prodotti finanziari).
Il centro per l'operatività di tali fenomeni è rappresentato da un lato dal concetto di **offerta al pubblico** e dall'altro dal concetto di **prodotto finanziario:**

- al fine di definire quando l'offerta debba considerasi rivolta al pubblico, la legge si avvale di criteri quantitativi relativi al numero di soggetti cui l'offerta è rivolta e al suo ammontare, ma anche di criteri qualitativi riferendosi alle vicende dei soggetti coinvolti

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- quanto al secondo profilo si tratta di individuare quali siano le forme di investimento di natura finanziaria che rientrano nella definizione di prodotto finanziario. Il riferimento alla natura finanziaria va inteso nel senso che i beni, i diritti e le entità diverse dagli strumenti finanziari possono essere considerati come prodotti finanziari solo quando lo sono per le loro qualità e utilità di consumo. Così diventa possibile ricomprendere nella categoria dei prodotti finanziari non solo titoli, ma anche posizioni contrattuali.

L'**offerta al pubblico** comporta specifiche esigenze di tutela dei risparmiatori, destinatari della sollecitazione stessa.
E' ovvio che la normativa punta alla tutela del risparmiatore e non di qualsiasi investitore tanto è vero che la disciplina prevista dal testo unico bancario non è applicabile nell'ipotesi in cui destinatari dell'appello al pubblico siano esclusivamente **investitori qualificati**.
E' altrettanto ovvio che la disciplina ha l'obiettivo di dare al risparmiatore una effettiva **consapevolezza** circa l'operazione che si accinge a compiere e non in linea di principio una valutazione della validità economica dell'operazione stessa.
Ciò è dimostrato dal fatto che è richiesta un diverso grado di consapevolezza a seconda se l'operazione riguardi un investimento e quindi la vendita di prodotti finanziari o un disinvestimento e quindi il loro acquisto o scambio.
La disciplina posta dal testo unico bancario impone modalità volte ad assicurare la necessaria **trasparenza dell'operazione** affidando un ruolo preminente alla Consob cui sono attribuiti i poteri necessari per assicurare la tutela degli investitori e l'efficienza e la trasparenza del mercato. L'offerta deve essere preceduta da una comunicazione alla Consob cui deve essere allegato un documento destinato alla pubblicazione:

- detto **prospetto informativo** nel caso di offerta al pubblico di vendita o sottoscrizione- In tale prospetto devono essere contenute le informazioni necessarie affinchè gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'emittente e sulle prospettive di rendimento
- detto **documento di offerta** nel caso di offerta pubblica di acquisto e scambio.

E' chiaro che nel primo caso sono richieste informazioni che nel secondo caso non sono necessarie in quanto essendo l'appello di acquisto rivolto agli attuali titolari dei prodotti finanziari oggetto dell'appello essi dovrebbero già essere informati delle loro caratteristiche.

La Consob oltre a stabilire con proprio regolamento il contenuto e le modalità di pubblicazione di tale documento esercita anche una **attività di controllo** tesa a verificare la completezza e correttezza dell'informazione e le è attribuito il potere di sospendere o vietare le operazioni non coerenti con la disciplina.
Inoltre dalla data di pubblicazione del documento fino alla conclusione della operazione la Consob può richiedere informazioni e notizie agli emittenti, richiedendo che siano rese pubblici notizie e documenti necessari per l'informazione del pubblico e compiere ispezioni direttamente presso la sede degli emittenti.

3 : I SERVIZI DI INVESTIMENTO

Per la nozione di strumenti finanziari è fondamentale la disciplina dei **servizi di investimento**.
Il legislatore distingue a tale proposito:

1. i **servizi di investimento** che hanno per oggetto la negoziazione, il collocamento o sottoscrizione di strumenti finanziari
2. i **servizi accessori** che comprendono la custodia e amministrazione degli strumenti finanziari, la locazione di cassette di sicurezza, la concessione agli investitori di finanziamenti per effettuare operazioni che hanno per oggetto strumenti finanziari. I

l testo unico finanziario pone a proposito dei servizi di investimento regole volte da un lato ad individuare i soggetti abilitati a svolgere tali attività e dall'altro ad individuare i criteri che devono presiedere all'esercizio degli stessi e al loro svolgimento.
A) Per quanto riguarda **l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e attività di investimento,** il testo unico finanziario ne riserva l'esercizio alle SIM (società di intermediazione mobiliare) oltre che naturalmente alle banche.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le sim sono appunto società autorizzate dalla Consob a svolgere servizi di investimento che possono prestare anche i servizi accessori.
L'autorizzazione è subordinata ad una serie di condizioni quali l'adozione della forma di società per azioni, il possesso da parte dei dirigenti e dei titolari delle partecipazioni dei requisiti richiesti per gli intermediari, l'iscrizione in un apposito albo tenuto dalla Consob e l'adesione ad un sistema di indennizzi a tutela degli investitori riconosciuto dal Ministero dell'economia.

B) La prestazione dei servizi di investimento è sottoposta un complesso sistema di **controlli** in base ad una ripartizione di competenze tra Consob e Banca d'Italia, dove la prima è competente per quanto riguarda la **correttezza e trasparenza** dei comportamenti e la seconda per il contenimento del rischio e la **sana e prudente gestione** patrimoniale.
In base a ciò sia Banca d'Italia che Consob hanno forti poteri di intervento ed ispettivi nonché il potere di dettare con regolamento la disciplina relativa allo svolgimento dell'attività.
In via d'urgenza inoltre la Consob può disporre la sospensione degli organi amministrativi della società in caso di gravi irregolarità nell'amministrazione o di gravi violazioni dei regolamenti in materia.
Lo scioglimento definitivo degli organi amministrativi invece può essere deciso solo dal Ministero dell'Economia in caso di gravi irregolarità, o gravi perdite nel patrimonio e in tal caso si dà luogo ala procedura di amministrazione straordinaria i cui adempimenti sono di competenza della Banca d'Italia. Se le perdite o le irregolarità sono di eccezionale gravità si dà luogo invece alla liquidazione coatta amministrativa e anche in tal caso la direzione della procedura spetta alla Banca d'Italia.
Sono inoltre richiesti per gli amministratori, per coloro che ricoprono funzioni di controllo e per coloro che detengono partecipazioni nella società i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza stabiliti dal Ministero dell'Economia, la mancanza dei quali comporta la decadenza dalla carica. Sono previste infine comunicazioni preventive alla Banca d'Italia e alla Consob in caso di acquisto o vendita di partecipazioni qualificate in tali società.

C) Per quanto riguarda lo **svolgimento** dei servizi di investimento, il testo unico finanziario pone criteri generali cui devono uniformare il loro comportamento i soggetti che prestano servizi di investimento. In particolare esso impone il rispetto dei canoni di **diligenza, correttezza e trasparenza** non solo nell'interesse dei clienti, ma anche per l'integrità dei mercati.
Citiamo a tale proposito l'obbligo di dotarsi di una organizzazione idonea ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi, l'obbligo di adottare misure idonee ad evitare conflitti di interesse.
Inoltre nei giudizi di risarcimento danni causati al cliente nello svolgimento dei sevizi spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la diligenza richiesta.

D) Il testo unico finanziario detta inoltre regole precise circa il regime della **separazione patrimoniale** e dei **contratti relativi ai servizi di investimento e ai servizi accessori**.
Per quanto riguarda il primo punto il testo unico finanziario stabilisce che gli strumenti finanziari e le somme pertinenti al singolo cliente debbono costituire un patrimonio distinto a tutti gli effetti sia da quello dell'intermediario che da quello degli altri clienti e non possono essere utilizzati dall'intermediario se non nell'interesse del cliente di cui sono di pertinenza.
Per quanto riguarda i contratti invece è richiesta a pena di nullità la forma scritta (la nullità può comunque essere fatta valere dal solo cliente).
Inoltre la legge disciplina in modo particolare l'ipotesi in cui l'attività di prestazione di servizi di investimento sia eseguita direttamente nel domicilio degli investitori e comunque in luogo diverso dalla sede dell'emittente.
A tale proposito in primo luogo la legge richiede che per tale attività l'emittente debba avvalersi esclusivamente di promotori di servizi finanziari iscritti in apposito albo nazionale tenuto dalla Consob.
Inoltre l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari è in tal caso sospesa per 7 giorni. Entro tale termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivi da versare al promotore finanziario.
Analoga disciplina è posta dal codice delle assicurazioni private per l'attività di intermediazione assicurativa.

2 : LA GESTIONE COLLETTIVA DEL RISPARMIO

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

4 : CONSIDERAZIONI GENERALI

Accanto alla prestazione dei servizi di investimento il testo unico finanziario disciplina anche il servizio di **gestione collettiva del risparmio.**

Esso, a differenza di quello dei servizi di investimento, non riguarda solo strumenti finanziari (in quanto può avere per oggetto anche crediti o beni mobili o immobili).

Tale servizio consiste nella gestione degli **organismi di investimento collettivo del risparmio** (OICR), ossia organismi costituiti per la prestazione di tale servizio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori.

Le principali figure OICR sono quelle rappresentate dai **fondi comuni di investimento,** dalle **SICAV** (società di investimento a capitale variabile) e dalle **SICAF** (società di investimento a capitale fisso).

5 : I FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

Il **fondo comune di investimento** è definito come il **patrimonio autonomo**, suddiviso in quote di pertinenza di una pluralità di partecipanti e raccolto mediante una o più emissione di quote.

La disciplina di tali fondi è fissata dal testo unico finanziario che distingue tra **fondi aperti e chiusi**, dove nei primi i partecipanti hanno diritto di chiedere in ogni tempo il rimborso delle quote, mentre nei secondi il diritto al rimborso delle quote viene riconosciuto solo a scadenze predeterminate. I fondi mobiliari possono assumere la forma sia di fondo aperto che chiuso mentre quelli immobiliari (e quindi investiti in crediti o altri beni) possono assumere solo la forma di fondo chiuso.

Il testo unico finanziario detta una disciplina del fondo comune di investimento, che è una **struttura contrattuale**, basata sulla distinzione tra la **società di gestione** e il **fondo comune** nel quale assume una importanza rilevante la figura del **depositario.**

A) La **società di gestione del risparmio SGR** (che può essere diversa da quella che ha istituito il fondo) ha il compito di gestire il fondo e risponde verso i partecipanti secondo le regole del **mandato**: dunque è richiesto l'obbligo di diligenza professionale.

B) Il **fondo comune** è, come detto, un patrimonio **autonomo**, distinto sia dal patrimonio della società di gestione che dal patrimonio dei partecipanti. Da ciò deriva che il fondo è insensibile alle azioni sia dei creditori della società di gestione che dei singoli partecipanti e i creditori di questi ultimi possono agire solo sulla rispettiva quota di partecipazione.

Il **rapporto di partecipazione,** rappresentato da quote di partecipazione nominative o al portatore, è disciplinato dal regolamento del fondo, redatto in conformità ai criteri della Banca d'Italia e sottoposto alla sua approvazione.

Tale regolamento stabilisce anche la legge di circolazione delle quote, le modalità di partecipazione al fondo, i termini e le modalità di emissione, ecc.

C) Al **depositario,** unico per ciascun fondo, competono alcune delicate funzioni tanto che questo incarico può essere svolto solo da una banca o una SIM. Il depositario ha il compito:

- di custodire gli strumenti finanziari ad esso affidati
- di controllare la legittimità di una serie di operazioni decisive per la sua gestione, come le operazioni di vendita o emissione
- di eseguire le istruzioni della società di gestione del risparmio, a meno che siano illegittime.

Il depositario dunque si pone quindi su un piano di sostanziale **autonomia** tanto è vero che il testo unico finanziario stabilisce che è direttamente responsabile sia nei confronti della società di gestione che nei confronti dei partecipanti per i danni derivanti dall'inadempimento dei propri obblighi.

6 : LE SOCIETA' DI INVESTIMENTO

Le società di investimento a capitale variabile (**SICAV**), introdotte nel 1992, alle quali si affiancano quelle a capitale fisso (**SICAF**), sono state previste per realizzare l'assimilazione della loro disciplina a quella dei fondi comuni di investimento tanto che, nonostante le diversità, essi sono sostanzialmente equivalenti economicamente.

Si ha così una sostanziale coincidenza rispetto alla SGR sia quanto ai criteri per l'autorizzazione ministeriale, sia per l'iscrizione ad apposito albo e l'esigenza di un depositario ai fini del rimborso delle azioni in sede di liquidazione.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Inoltre nel caso di SICAV a più comparti ogni comparto costituisce patrimonio autonomo distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti.

Le **società di investimento** sono **società per azioni** che hanno per oggetto esclusivo l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante l'offerta delle proprie azioni.
La principale funzione di queste società, cioè la circostanza che rispetto ad esse comune non è tanto l'esercizio di un'attività economica quanto un investimento, giustifica una serie di alterazioni rispetto alla normale disciplina societaria, alcune comuni a tutte le figure e altre peculiari della SICAV.
A) Con riguardo a tutte le società di investimento, si prevede che le azioni possano essere nominative o al portatore e che, in questo secondo caso, esse attribuiscono un solo voto per ogni socio indipendentemente dal numero delle azioni che possiede.
Il legislatore ha inteso contrapporre un gruppo di azionisti interessati all'investimento del risparmio e un altro a cui interessa invece la gestione della società: ciò consente alle società di investimento di emettere frazioni di azioni.

B) Per quanto riguarda la SICAV, da un lato non sono ammessi conferimenti in natura, dall'altro le azioni possono essere emesse e rimborsate con la periodicità indicata nello statuto, con la conseguenza che il loro capitale risulta necessariamente variabile e sempre uguale al patrimonio netto della società.
La combinazione di queste due regole mostra proprio come la variabilità del capitale si spiega per la coincidenza stessa tra capitale e patrimonio netto della società.
In tal senso alla SICAV non si applica la normativa a tutela del capitale sociale sicchè le sue azioni non possiedono valore nominale, ma solo un valore che serve per la determinazione del prezzo di emissione e di rimborso.

3 : MERCATI REGOLAMENTARI E CONTRATTI DI BORSA

7 : I MERCATI REGOLAMENTATI

Come abbiamo osservato gli **strumenti finanziari** assumono rilievo non solo ai fini dell'investimento del risparmio, ma anche con riferimento al **mercato**.
Per tale motivo il legislatore si è preoccupato di istituire **mercati finanziari regolamentati** al fine di organizzare mercati efficienti per lo scambio degli strumenti finanziari e che offrono adeguate garanzie a tutela sia degli emittenti che dei risparmiatori.
Il concetto di mercato regolamentato è un concetto più ampio di quello di **borsa** in quanto comprende accanto alla borsa valori, un mercato ristretto (per i titoli che non hanno ancora le caratteristiche per essere negoziati sul mercato ufficiale di borsa), un mercato degli strumenti derivati, un nuovo mercato (per le azioni di nuove emittenti con alto potenziale di sviluppo).

L'attività di organizzazione e gestione dei mercati regolamentati è affidata dal legislatore alle **società di gestione del mercato**, società per azioni alle quali si applicano le regole e le forme di vigilanza pubblica richieste per le società di investimento.
Le società di gestione del mercato adottano un apposito regolamento per disciplinare la propria organizzazione e gestione e tra le loro funzioni è fondamentale quella di agevolare la formazione dei prezzi rendendo più semplici le quotazioni.
Il **regolamento del mercato** deve essere conforme alla disciplina comunitaria e deve essere idoneo ad assicurare la trasparenza del mercato stesso, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori .
A tale proposito le società di gestione oltre ad avere i requisiti fissati dalla legge hanno bisogno dell'autorizzazione della Consob per esercitare la loro attività e per eventuali modificazioni del loro regolamento.
Inoltre la Consob esercita poteri di vigilanza sull'operato delle società di gestione e in caso di gravi irregolarità può disporre, per assicurare la continuità delle negoziazioni, il trasferimento temporaneo della gestione del mercato ad altra società che vi consenta.
Il sistema previsto dal legislatore consente una pluralità di mercati regolamentati e anche una concorrenza tra essi per migliorare la loro efficienza.

8 : L'ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le caratteristiche particolari dei mercati regolamentati e il fatto che in esso le negoziazioni non avvengono direttamente tra gli interessati, ma tramite intermediari e quindi si caratterizzano in termini di **anonimato,** hanno indotto il nostro legislatore, anche in attuazione a direttive comunitarie, a vietare il cosiddetto **insider trading o abuso di informazioni privilegiate**.
Infatti a tale tipo di negoziazione sarebbe difficile applicare regole generali del diritto comune come il dolo contrattuale o la responsabilità precontrattuale e inoltre per esse si pone l'esigenza di tutelare direttamente il mercato e cioè promuovere la fiducia in esso da parte degli investitori eliminando i rischi in cui essi possono incorrere a seguito della disparità di informazioni in possesso dei vari operatori.
La disciplina dell'insider trading si basa su tre elementi: l'elaborazione di una nozione di **informazione privilegiata**, la definizione dei **soggetti** che in quanto insider ne sono in possesso e non possono utilizzarla, e l'individuazione dei comportamenti che risultano **vietati**.
Per il primo aspetto la normativa richiede che l'informazione privilegiata non sia pubblica, si riferisca a strumenti finanziari, sia di carattere preciso e sia tale da influire in modo sensibile sul prezzo dello strumento finanziario in questione.
Per il secondo aspetto la normativa considera insider coloro che dispongono dell'informazione riservata grazie alla loro qualità di membro di organo di amministrazione, direzione o controllo dell'emittente o dell'esercizio di una professione o di una funzione.
Per quanto riguarda il terzo aspetto è vietato il compimento (diretto o indiretto) di ogni operazione relativa allo strumento finanziario in oggetto e posta in essere utilizzando le informazioni privilegiate.
Si vieta inoltre di comunicare agli altri tali informazioni o di raccomandare in base ad esse il compimento di tali operazioni.
Per tali comportamenti sono previste sanzioni amministrative e penali.
Sono affidate a tale proposito alla Consob funzioni sia preventive che ispettive oltre che di denuncia all'autorità giudiziaria per il processo penale.
Il legislatore poi si è occupato anche della manipolazione del mercato e in particolare della diffusione di notizie false o il compimento di operazioni simulate idonee a provocare una sensibile alterazione dei prezzi degli strumenti finanziari con la previsione di sanzioni penali.

9 : I CONTRATTI DI BORSA: NOZIONE E CATEGORIE

Contratti di borsa non sono solo quelli conclusi in borsa, ma tutti quelli assoggettati, per volontà delle parti alle norme sui contratti conclusi in borsa.
I contratti di borsa possono essere : **a mercato fermo** e **a mercato libero (o a premio**).
A) Nei contratti a mercato fermo, la volontà delle parti e quindi le reciproche obbligazioni sono fissate in modo definitivo al momento della conclusione del contratto: essi si distinguono in **contratti per contanti** o **a pronti** e in **contratti a termine** a seconda che l'esecuzione debba essere immediata o debba avvenire a distanza di tempo.
La funzione dei contratti a termine non è quella di lasciare alle parti il tempo necessario per eseguire la prestazione, ma quello di consentire alle parti di beneficiare delle diverse quotazioni che possono aversi dalla data del contratto e a quella della sua esecuzione.
A tale risultato può giungersi anche con un **unitario** contratto a mercato fermo a termine, il c.d. **contratto differenziale** con cui le parti non si obbligano ad addivenire al trasferimento degli strumenti finanziari, ma si obbligano alla liquidazione della differenza tra prezzo pattuito e prezzo corrente al momento della scadenza.
E' evidente che il contratto differenziale è un contratto di pura speculazione e presenta evidenti analogie con il gioco e la scommessa. Per tale motivo, data l'influenza che la speculazione può esercitare sul mercato, il legislatore ha previsto l'imposizione del deposito, all'atto della conclusione del contratto, di una parte dei titoli venduti e di una parte del prezzo.

B) I contratti a mercato libero o a premio sono invece quelli dove uno dei contraenti mediante il pagamento di un premio di riserva la facoltà di recedere dal contratto o di variarne il contenuto. Nel giorno della risposta premi il compratore del premio deve dichiarare se intende o meno eseguire il contratto e in caso affermativo deve precisare la quantità di titoli che intende ritirare o consegnare secondo il tipo di contratto a premio stipulato.

Altri contratti particolari sono i Financial Futures e le options.
Il contratto Futures è un contratto con il quale una parte si impegna a vendere all'altra, ad una data predefinitia, una determinata quantità di uno strumento finanziario. L'altra parte ovviamente

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

si impegna a d acquistare.
Ciò che differenzia il contratto futures dai contratti a termine è la specifica determinazione del tipo di strumento oggetto della negoziazione, della sua quantità e di tutte le modalità di negoziazione.
L'options è un contratto che attribuisce all'acquirente il diritto e non l'obbligo di comprare (opzione call) o di vendere (opzione put) uno specifico strumento finanziario ad un determinato prezzo. Il diritto è conferito dal venditore al compratore previa corresponsione di un premio detto prezzo dell'opzione.

10 : CONTINUA: I DIRITTI E GLI ONERI INERENTI AI TITOLI OGGETTO DEL CONTRATTO A TERMINE

Abbiamo detto che i contratti di borsa sono **vendite di genere** così la legge si preoccupa di regolare la sorte dei diritti e obblighi che derivano dagli strumenti finanziari venduti nel periodo tra la conclusione e l'esecuzione del contratto.
In tema di **vendita a termine di titoli di credito** la legge (artt 1531-1534 cc) stabilisce che i diritti e gli obblighi spettano al compratore sin dal momento della conclusione del contratto ad eccezione del diritto di voto inerente ai titoli azionari venduti il quale spetta invece al venditore fino al momento della consegna.
Analoghi principi si applicano nel contratto di riporto (art 1550 cc) per i rapporti tra riportato e riportatore.
Pertanto spettano al **compratore** o al **riportato**:

- gli interessi e dividendi esigibili dopo la conclusione del contratto
- il diritto di opzione o il prezzo ricavato dalla sua vendita
- i diritti derivanti da estrazione di premi o da estrazione per rimborsi e i relativi oneri.

Infine gravano sul compratore i versamenti sui titoli non liberati che devono essere eseguiti nel periodo tra la conclusione del contratto e la consegna dei titoli.

11 : IL CONTRATTO DI RIPORTO

Nella categoria dei contratti a termine è compreso anche il **contratto di riporto** con il quale una persona (riportato) trasferisce in proprietà ad un'altra persona (riportatore) titoli di credito di una determinata specie per un prezzo determinato e il riportatore assume l'obbligo di trasferire al riportato, al termine stabilito,la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie contro il rimborso del prezzo che può essere aumentato o diminuito nella misura convenuta (art 1548 cc).
Il contratto di riporto è un **contratto reale** che si perfeziona con la consegna dei titoli, mentre l'obbligazione del riportatore è una obbligazione di genere.
La funzione pratica del riporto è quindi quella di un prestito garantito che può attuarsi in un duplice senso: il proprietario dei titoli ha bisogno di una somma di denaro e non intende privarsi definitivamente della proprietà dei titoli o una persona ha bisogno di un prestito di titoli che non intende acquistare definitivamente (es. vuole procurarsi una partecipazione azionaria in occasione di una assemblea di una società).
Nella prima ipotesi la garanzia è data dal trasferimento della proprietà dei titoli, nel secondo caso dal versamento del prezzo.
Nella prima ipotesi il corrispettivo è dovuto dal riportato e viene corrisposto attraverso un aumento del prezzo stabilito all'atto del trasferimento iniziale (riporto), nella seconda il corrispettivo è dovuto dal riportatore e viene corrisposto mediante una diminuzione del prezzo iniziale (deporto).
Occorre dire che il riporto è un contratto unico in quanto sulla base dell'originario consenso trovano origine e giustificazione tutti gli effetti che derivano dal contratto stesso.
In questo contratto unico le due operazioni di scambio servono a realizzare lo scopo fondamentale che le parti si propongono ossia la temporaneità del trasferimento e tale scopo si attua sulla base di un duplice trasferimento, ciascuno dei quali se pur consacrato nello stesso contratto e frutto della stessa volontà conserva la sua autonomia.
Ne consegue che le vicende relative al secondo trasferimento non possono in nessun modo influire sul primo trasferimento rispetto al quale quindi l'esecuzione rappresenta il momento di perfezione del contratto.
Se pertanto gli obblighi assunti con riferimento al secondo trasferimento non saranno eseguiti al termine fissato soltanto rispetto ad essi si determineranno gli effetti dell'inadempimento e quindi la possibilità di scegliere tra adempimento coattivo e risoluzione.

12 : LA MEDIAZIONE IN BORSA

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Gli intermediari autorizzati assumono di regola la veste di semplici **mediatori** tanto che la legge ricomprende tra le attività di investimento anche la mediazione consistente nel mettere in contato due o più investitori in modo da rendere possibile tra loro la conclusione di un'operazione.
Non sempre, tuttavia, ciò accade: spesso essi assumono la veste di **commissionari** e quindi finiscono per contattare in nome proprio, anche se per conto altrui, un contraente.
Quando gli intermediari assumono la veste di mediatori, il contratto formalmente si conclude tra due mediatori, ciascuno dei quali tace sul nome dell'altro contraente e ciascuno dei quali risponde in nome proprio dell'esecuzione del contratto.

PARTE QUARTA : GLI ATTI DELL'IMPRENDITORE

CAPITOLO I : I CONTRATTI DELL'IMPRESA

1 : PREMESSE

1 : I SINGOLI ATTI COME ELEMENTI DELL'ATTIVITA' IMPRENDITORICE: CONSEGUENZE GIURIDICHE
L'attività dell'imprenditore si risolve in concreto in una serie di atti singoli collegati tra di loro in vista dello scopo che l'imprenditore stesso persegue.
A seconda dell'oggetto dell'impresa potrà trattarsi di atti di compravendita, di assicurazione o trasporto, di operazioni di credito o di atti di mediazione, commissione o spedizione.
La disciplina dell'atto singolo non subisce in linea di principio modificazioni per il solo fatto di essere inserito nell'esercizio di una impresa e infatti, che l'atto sia compiuto nell'esercizio dell'impresa o al di fuori di essa, il regime giuridico rimane identico e identici rimangono gli effetti prodotti dall'atto.
Tuttavia il collegamento che si pone tra i vari atti non è privo di ogni rilevanza per il diritto in quanto determina particolari atteggiamenti e particolari problemi di cui il diritto deve tenere conto.
Infatti l'attività imprenditrice ha particolari esigenze che ovviamente si riflettono sulla struttura degli atti. Ad esempio possiamo pensare all'esigenza nell'impresa di uniformare la propria attività a determinate direttive cui si ricollega il fenomeno della predisposizione di condizioni generali di contratto o dei contratti di adesione sulla base di formulari già predisposti, o alla possibilità di far credito ai clienti (credito al consumo) cui si ricollega il fenomeno della vendita a rate. Naturalmente tali fenomeni potrebbero realizzarsi anche al di fuori dell'impresa, ma sarebbe un
caso eccezionale in quanto è proprio nell'impresa che essi si sviluppano e trovano la loro normale applicazione.
I particolari fenomeni che si verificano nell'esercizio dell'impresa determinano quindi l'applicazione di principi particolari, ma sono proprio le particolari caratteristiche che gli atti
assumono quando sono inseriti in una attività imprenditrice a giustificare la specialità della disciplina giuridica applicata e non il fatto stesso della inserzione dell'atto nell'esercizio dell'impresa.

Inoltre occorre segnalare anche l'esigenza sempre più sentita della **tutela del consumatore** che ha delineato una distinzione tra i contratti in cui entrambe le parti intervengono come professionisti e quelli dove una parte appunto si presenta come consumatore, dando luogo ad una vasta produzione di leggi speciali di cui la gran parte è stata inserita nel codice del consumo del 2005.

2 : LA TUTELA COLLETTIVA DEI CONSUMATORI
È importante in questo ambito considerare gli interessi dei consumatori e la loro tutela in termini **collettivi:** a ciò provvede soprattutto l'**azione di classe** (class action) prevista dall'art 140 bis del codice del consumo del 2007, modificato nel 2012.
Si tratta di un'azione che svolge una tutela dei diritti individuali omogenei di consumatori ed utenti, e cioè di diritti **individuali**, ma **comuni** a tutti coloro che appartengono ad una categoria, e perciò tra loro **omogenei**.
Essa ha ad oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno derivante dalla loro violazione.
3 : LA RESPONSABILITA' DEL PRODUTTORE
La particolare posizione dell'impresa nel mercato e nei confronti di terzi spiega anche la previsione di una disciplina speciale di **responsabilità civile** dell'imprenditore: quella in tema di **responsabilità per danno da prodotti difettosi.**

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge, dopo aver stabilito il principio secondo cui il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti nel suo prodotto, precisa che la responsabilità consegue all'immissione in circolazione di un prodotto difettoso, ovvero quello che non offre sicurezza: in tal caso il produttore risponde dei danni materiali e personali derivanti dal difetto, purchè superiori nel loro ammontare a 387 euro.
Si tratta di una **responsabilità oggettiva:** il danneggiato infatti deve provare unicamente il danno e il nesso causale tra difetto e danno.

2 : LA CONTRATTAZIONE DI IMPRESA

4 : COORDINAMENTO DEI SINGOLI ATTI IN VISTA DELL'UNITA' DELLA FUNZIONE: CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO E CLAUSOLE VESSATORIE

L'imprenditore, nell'esercizio della sua attività, deve necessariamente improntare la sua azione ad una unità di criteri e direttive e pertanto è necessaria nei rapporti con i clienti la predeterminazione dei moduli e formulari e l'imposizione al cliente di contratti già predisposti che il cliente può accettare o non accettare, ma non può in linea di principio modificare.
Tali schemi contrattuali sono in genere predisposti direttamente dall'imprenditore e imposti alla clientela dando luogo al fenomeno dei cosiddetti **contratti per adesione**.
Non vi è dubbio che si tratti di contratti in quanto, anche in questo caso, l'elemento fondamentale, il consenso, è presente anche se la volontà di una parte è limitata all'accettazione o al rifiuto di uno schema predisposto al di fuori di essa.
Le uniche preoccupazioni sono in questo caso che il contraente abbia piena consapevolezza degli impegni assunti e che l'imprenditore non approfitti della sua situazione di preminenza per imporre al cliente clausole eccessivamente onerose o addirittura vessatorie.
Per tale motivo la legge stabilisce che le **condizioni generali del contratto** sono efficaci per l'altro contraente solo se al momento della conclusione del contratto questo le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle con la normale diligenza, richiedendo per alcune clausole contrattuali la specifica approvazione scritta (art 1341 cc), stabilendo che le clausole contenute nei contratti per adesione si devono interpretare, nel dubbio, a favore dell'altro contraente, e stabilendo la invalidità di determinate clausole eccessivamente onerose.
Le clausole che richiedono espressa approvazione scritta riguardano in genere limitazioni di responsabilità a favore di chi le ha predisposte o limitazioni alla facoltà dell'altro contraente di opporre eccezioni e lo scopo che si propone la legge richiedendo tale espressa approvazione è quello di rendere consapevole il contraente degli impegni che assume.

Se in tal modo la legge riesce ad assicurare la consapevolezza da parte del contraente degli impegni assunti, non riesce però ad escludere che colui che ha predisposto il contratto approfitti della propria situazione di preminenza.
Per tale motivo sono intervenute leggi speciali, oggi contenute nel codice di consumo sotto il nome di **clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori** (art 33 e seguenti cod.cons.), che richiedono per alcune clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, una negoziazione e quindi una trattativa individuale.
Per tali clausole quindi non è sufficiente che il cliente le conosca, ma è richiesta una specifica trattativa, in mancanza della quale esse devono ritenersi nulle e quindi inefficaci.
Ovviamente si tratta di una nullità relativa che opera solo a vantaggio del consumatore e può essere fatta valere solo da questo oltre che essere rilevata d'ufficio dal giudice.
Secondo il codice di consumo inoltre alcune clausole devono ritenersi vessatorie di per sé e quindi inefficaci.
E' chiaro che la normativa posta dal codice di consumo si applica solo nei rapporti contrattuali dove vi è una disparità economica tra le parti, e quindi dove troviamo da un lato un professionista e dall'altro un consumatore.

5 : I DIRITTI DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI: CONTRATTI A DISTANZA E CONTRATTI NEGOZIATI FUORI DAI LOCALI COMMERCIALI

Il codice di consumo pone poi altre regole per quei contratti che vengono stipulati **fuori dai locali commerciali** e per quei contratti **a distanza**, cioè nelle ipotesi in cui il contratto viene stipulato mediante l'uso di tecniche di comunicazione che non necessitano della presenza fisica di entrambe le parti.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per questi contratti il codice di consumo individua una tutela minima per il consumatore al quale sono riconosciuti alcuni diritti irrinunciabili.
A) In via generale la legge prevede l'obbligo del professionista di fornire al consumatore, in tempo utile, alcune **informazioni precontrattuali.**
B) Limitatamente ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a quelli a distanza, si prescrive il rispetto di alcuni **requisiti formali** e si riconosce al consumatore il **diritto di recesso** da esercitarsi, senza oneri di motivazioni né costi aggiuntivi, entro 14 giorni. Con la ricezione da parte dell'imprenditore i contraenti sono sciolti dalle obbligazioni derivanti dal contratto.

6 : CONTRATTI TIPO E CONTRATTI DI TARIFFA O NORMATIVI. NORME UNIFORMI E REGOLE DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

Spesso l'esigenza di uniformità di direttive nell'attività imprenditrice va al di là delle scelte individuali del singolo imprenditore e allora la sua soddisfazione si ottiene attraverso i **contratti tipo** o mediante la conclusione di **contratti a tariffa o normativi.**
I **contratti tipo** sono il risultato di accordi tra imprenditori che svolgono la stessa attività economica e che mirano a dare unità di indirizzo alle attività dei vari imprenditori determinando una standardizzazione dei contratti corrispondente alla standardizzazione dei prodotti.
I **contratti di tariffa o normativi** mirano invece a fissare le condizioni contrattuali nei rapporti tra imprenditore e cliente quando tra essi deve attuarsi una serie continuativa di rapporti.
Essi quindi non determinano il sorgere di obblighi immediati ma fissano le condizioni cui dovranno essere regolati i rapporti futuri tra le parti.

Nei rapporti giuridici commerciali, inoltre, assumono rilievo anche le **norme uniformi** ossia quel complesso di regole destinate ad operare in un determinato ambiente o in determinate categorie di rapporti commerciali.
Tali norme, da un lato, hanno funzione interpretativa in quanto sono tese a chiarire il significato giuridico di alcune espressioni caratteristiche dell'ambiente o dei rapporti commerciali cui si riferiscono e, dall'altro, tendono a creare veri e propri schemi negoziali (es. usi di borsa, condizioni generali peri contratti bancari).
Esse, pur essendo desunte dalla prassi e dall'ambiente sociali in cui il contratto si pone, non possono essere considerate come norme consuetudinarie in quanto sono il risultato di una
elaborazione da parte di organismi qualificati che presiedono al commercio internazionale, alla borsa o alle banche e tendono ad indirizzare gli operatori verso questi schemi che appaiono i più opportuni e pertanto si può dire che essi tendono più a provocare una prassi che a recepirla.
Tali norme uniformi si pongono su un piano diverso dalle condizioni contenute in moduli e formulari in quanto sono poste in funzione delle esigenze proprie di un determinato rapporto commerciale e non in funzione delle esigenze proprie di un determinato imprenditore.
Esse naturalmente sono sottoposte alla valutazione da parte dell'ordinamento e quindi, se si tratta di norme interne, non possono porsi in contrasto con norme imperative e con i principi dell'ordine pubblico.

Nell'ambito del **commercio internazionale** l'esigenza di norme uniformi per l'attività commerciale è ancora più sentita in quanto occorre superare gli ostacoli e le incertezze che possono nascere dalle diverse soluzioni normative dei vari ordinamenti nazionali.
Tale esigenza può essere soddisfatta tramite l'elaborazione di una disciplina uniforme predisposta dagli stati attraverso convenzioni internazionali o da organismi internazionali, privati o intergovernativi che pongono a disposizione delle parti modelli di disciplina cui esse possono, nei limiti delle norme imperative, avvalersi per regolare i loro rapporti.

7 : I RAPPORTI CONTRATTUALI TRA IMPRENDITORI: ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E RAPPORTI CON I SUBFORNITORI

Una disparità di posizione economica tra le parti di un contratto può verificarsi non solo qualora un parte del contratto sia un consumatore, ma anche nei **contratti conclusi tra imprenditori** qualora la posizione di una impresa risulti subordinata rispetto a quella di altre.
Tale fenomeno si presenta soprattutto nei rapporti di **integrazione verticale** che si instaurano tra imprese che non siano in rapporti di concorrenza tra di loro in quanto in tal caso è escluso il ricorso alle regole della correttezza professionale alla quale devono essere improntati i rapporti tra imprenditori concorrenti.
Inoltre, in questo ambito, si ha esclusivo riguardo a rapporti di **natura contrattuale.**

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge fissa a tal proposito la disciplina dell'**abuso di dipendenza economica** dettata dalla legge 192/1998 che si riferisce alla situazione in cui "un'impresa sia in grado di determinare nei rapporti contrattuali con un'altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi".
Tale disciplina è posta dalla legge nell'ambito dei singoli rapporti contrattuali tra imprenditori e quindi va distinta dalla disciplina relativa all'abuso di posizione dominante che invece riguarda l'intero assetto del mercato e per la quale è rilevante solo l'abuso che sia in grado di incidere sulla concorrenzialità del mercato stesso.
La disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica comporta la nullità di patti ritenuti abusivi quali l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustamente gravose o discriminatorie.

La medesima legge 192/1998 disciplina poi i cosiddetti **contratti di subfornitura** al fine di tutelare le imprese di minori dimensioni che in questo tipo di contratti spesso trovano la ragione della propria sopravvivenza.
Nei contratti di subfornitura la legge include sia i contratti con cui un imprenditore si impegna ad effettuare per conto di un'altra impresa lavorazioni su materie prime da quest'ultima fornita, sia i contratti con cui un imprenditore si impegna a fornire prodotti destinati ad essere utilizzati o incorporati nell'attività di un'altra impresa.
E' chiaro quindi che nella nozione di contratto di subfornitura possono rientrare contratti diversi che vanno dall'appalto di opera o servizi, alla somministrazione alla vendita di cose future e la legge prevede che accanto alle regole dettate per tali tipi di contratto si applichino le regole previste per la subfornitura al fine sempre di tutelare il subfornitore.
Quest'ultima disciplina prevede che i contratti di subfornitura debbano essere conclusi per iscritto e devono indicare espressamente alcuni elementi quali i requisiti del bene o servizio richiesto, i termini e le modalità di consegna e pagamento.
La legge inoltre esclude la responsabilità del subfornitore per materiali fornitigli dal committente e detta una particolare disciplina relativamente ai termini di pagamento prevedendo che il pagamento al subfornitore debba avvenire entro sessanta giorni dalla consegna del bene e prevedendo in caso di ritardo un regime moratorio più gravoso per il committente rispetto a quello previsto dalla disciplina generale.
E'evidente quindi come in questo modo si finisca con l'incidere sul contenuto del contratto e si limiti l'autonomia delle parti.

8 : CONTINUA: I TERMINI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI

Altre limitazioni della autonomia privata sono poste in relazione ai termini di pagamento per tutti i rapporti contrattuali di scambio intercorrenti da imprenditori da una recente disciplina del 2002 fissata in attuazione di una direttiva comunitaria.
Tale disciplina regola la mora del debitore prevedendo che gli **interessi moratori decorrano automaticamente** (senza necessità di messa in mora) dal giorno successivo al termine convenzionale di pagamento e che ad essi (in mancanza di diverso accordo tra le parti) si applichi un tasso più elevato di quello legale.
Tale disciplina inoltre dispone la **nullità di ogni accordo sulla data di pagamento** che risulti iniquo per il creditore e ciò a prescindere dal fatto che costui si trovi o meno in una situazione di dipendenza economica.
In tali casi la legge riconosce al giudice il potere di dichiarare anche d'ufficio la nullità dell'accordo e di applicare i termini legali ma anche di ricondurre ad equità il contratto stesso.

3 : SEMPLIFICAZIONE E CIRCOLAZIONE DEI RAPPORTI GIURIDICI

9 : CONTRATTI SU DOCUMENTI, DOCUMENTI DI LEGITTIMAZIONE, TITOLI DI CREDITO

La molteplicità di rapporti giuridici che derivano dall'attività imprenditoriale creano l'esigenza di trovare dei mezzi tecnici che permettano di semplificare la disciplina generale per quanto riguarda l'accertamento del possesso e della regolarità formale dei documenti che attestano il regolare trasferimento dei diritti.
Rientrano tra questi mezzi tecnici i **contratti su documenti** (nei quali il contratto ha per oggetto i documenti rappresentativi della merce), i **documenti di legittimazione** attraverso i quali la possibilità di pretendere l'adempimento dipende dalla esibizione di particolari documenti (titoli di legittimazione) o facendo dipendere dall'esibizione del documento la facoltà del debitore di adempiere nei confronti dell'esibitore con efficacia liberatoria nei confronti del creditore (contrassegni di legittimazione) e infine i **titoli di credito**

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

(attraverso i quali il possesso del documento legittima il potere di disporre e di esercitare il diritto in esso contenuto indipendentemente dalla esistenza e regolarità dei rapporti attraverso i quali si attua la circolazione del diritto).

10 : LA CESSIONE DI CONTRATTO

Attraverso la cessione del contratto (art 1406 cc), che risponde all'esigenza di una veloce mobilizzazione della ricchezza, si ha la sostituzione di un'altra persona alla persona del contraente e quindi la cessione riguarda sia la posizione attiva che quella passiva del contraente.
La cessione del contratto è quindi possibile solo nei contratti a prestazioni corrispettive nei quali le prestazioni non siano state eseguite.
Nel caso di contratti con obbligazioni per una sola parte e di contratti a prestazioni corrispettive dove una parte abbia già eseguito la sua prestazione si può parlare di cessione di credito e non di cessione di contratto.

Il negozio di cessione è perfetto con l'accordo tra cedente e cessionario, ma acquista efficacia nei confronti del contraente ceduto solo con la sua adesione, adesione che può essere successiva alla cessione o preventiva. In questo secondo caso la cessione è efficace nei confronti del contraente ceduto dal momento della notificazione o dal momento dell'accettazione.
Dal momento in cui la sostituzione del contraente è efficace nei confronti del contraente ceduto il cedente è liberato.
Questo effetto può essere però impedito qualora il contraente ceduto dichiari espressamente che non intende liberare il cedente e in questo caso il contraente ceduto può agire nei confronti del cedente qualora il cessionario sia inadempiente Il cedente è invece tenuto a garantire al cessionario la validità del contratto ma non l'adempimento del contraente ceduto.
Questa garanzia infatti potrebbe essere solo l'effetto di un patto espresso attraverso il quale il cedente risponde come fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto.

11 : REGOLAMENTO DEI RAPPORTI IN CONTO CORRENTE: IL CONTRATTO DI CONTO CORRENTE

Un altro mezzo utilizzato per semplificare i rapporti tra imprenditori e tra imprenditori e clienti è quello del **conto corrente**.
Infatti nel conto corrente aperto tra le due controparti vengono segnate le partite di credito e debito conseguenti alle operazioni compiute in modo che in ogni momento ciascuna delle parti può esattamente conoscere la sua posizione complessiva nei confronti dell'altra.
Naturalmente il conto corrente (che è molto usato ad esempio nella prassi bancaria) è solo una entità contabile e giuridicamente non ha altro valore che quello di provare le diverse operazioni compiute una volta che il conto sia stato approvato dalle parti.
Esso può però assumere rilevanza giuridica qualora tra le parti venga stipulato un contratto, detto appunto **contratto di conto corrente**, con il quale le parti non solo si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivante da reciproche rimesse (rimessa è ogni atto dal quale deriva il credito da annotare in conto corrente), ma anche a considerare tali **crediti inesigibili e indisponibili** fino alla chiusura del conto stesso.

Sono caratteristiche del conto corrente:

- l'**obbligatorietà dell'annotazione in conto** delle singole rimesse
- la determinazione della posizione creditoria e debitoria in funzione del **saldo** risultante alla scadenza fissata

Il contratto di conto corrente, dunque, una volta stipulato tra le parti, comporta obbligatorietà della annotazione in esso delle operazioni compiute tra le parti.
Ovviamente l'annotazione nel conto dei crediti non comporta la loro estinzione, ma solo una proroga della loro esigibilità (posticipata come abbiamo detto al momento della chiusura del conto stesso) e pertanto i crediti immessi nel conto conservano la loro individualità restando sempre possibile ogni azione tesa alla nullità, annullamento, rescissione o risoluzione del contratto da cui il credito stesso deriva.

Alla **chiusura del conto,** che si attua alle scadenze stabilite nel contratto o dagli usi (o in mancanza alla fine di ogni semestre), viene effettuata la compensazione tra le diverse partite di dare e avere e il saldo del

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

conto diviene esigibile. Se il pagamento non è richiesto dalla parte che ne ha diritto il saldo si considera come prima rimessa di un nuovo conto.
Alla chiusura del conto viene inviato da un correntista all'altro un **estratto conto** il quale si intende approvato se non viene contestato nei termini pattuiti o d'uso o comunque in un congruo termine.

La chiusura del conto non deve essere confusa con lo scioglimento del contratto in quanto comporta solo la liquidazione dei rapporti di dare e avere tra le parti e l'esigibilità del saldo.
Lo scioglimento del contratto può invece aversi per scadenza nei contratti di durata o mediante dichiarazione di recesso da parte di ciascun correntista nei contratti a tempo indeterminato.
In tutti i casi è consentito alle parti di recedere in caso di interdizione, inabilitazione, insolvenza o morte dell'altra.
La dichiarazione di recesso comporta che il conto viene bloccato e non possono essere esservi incluse altre partite, ma non l 'esigibilità.

4 : MEZZI DI PAGAMENTO

12 : LA MONETA LEGALE E I COSIDDETTI MEZZI ALTERNATIVI DI PAGAMENTO

Le esigenze di sicurezza e velocità che caratterizzano l'attività imprenditoriale si pongono anche al livello dei mezzi di pagamento.
Principio generale in proposito è quello dell'art 1277 cc per cui **moneta legale** è quella che ex lege ha corso legale e consente di estinguere i debiti pecuniari. Tuttavia per ridurre i rischi di sottrazione che la custodia e il trasporto di moneta legale comportano sono stati configurati
mezzi di pagamenti alternativi la cui emissione e gestione è riservata dalla legge al sistema bancario: lo stesso legislatore riserva a tale sistema la gestione e l'emissione di **mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata**, ad eccezione della **moneta elettronica**.

Tali mezzi di pagamento alternativi sono l'assegno bancario e l'assegno circolare che insieme all'assegno postale e ai vaglia postali e bancari sono oggi divenuti (a seguito della normativa dettata per l'antiriciclaggio) mezzi sostitutivi della moneta qualora si tratti di trasferire importi di valore pari o superiore a 3000 euro.
Altra forma di moneta diversa dalla moneta legale è data dal **giroconto** e in generale dal meccanismo del conto bancario che si è soliti indicare come **moneta bancaria o scritturale**.
Abbiamo poi la **moneta elettronica** che la legge definisce come un valore monetario rappresentativo di un credito nei confronti dell'emittente che viene memorizzato su un dispositivo elettronico a seguito della ricezione di fondi di valore pari al valore monetario emesso e accettato come mezzo di pagamento da soggetti diversi dall'emittente.
L'emissione di tale moneta è riservata dalla legge alle banche e agli istituti di moneta elettronica.

13 : SISTEMI E ISTITUTI DI PAGAMENTO

Le tecniche di pagamento alternative alla moneta legale richiedono l'intermediazione di un soggetto che si pone tra chi paga e chi riceve il pagamento: pertanto sono state elaborati specifici **sistemi di pagamento** e sono stati definiti dalla legge i **servizi** di pagamento che la legge riserva alle banche, agli istituti di moneta elettronica e agli istituti di pagamento.
Questi ultimi sono operatori che devono essere autorizzati dalla banca d'Italia, iscritti in un apposito albo e soggetti alla vigilanza della banca d'Italia stessa che ha il compito di sorvegliare
l'intero sistema dei pagamenti.
Gli istituti di pagamento devono aprire a nome dell'utilizzatore un conto di pagamento dove il cliente deve trasferire le somme da utilizzare esclusivamente per la prestazione del servizio.
Tali conti costituiscono per ciascun cliente un patrimonio distinto da quello dell'istituto di pagamento e degli altri clienti dello stesso e perciò sugli stessi non sono ammesse azioni
dei creditori dell'intermediario.
Pertanto nell'ipotesi in cui l'istituto di pagamento svolga anche attività imprenditoriali diverse dalla prestazione di servizi di pagamento deve essere costituito a tal fine un patrimonio destinato esclusivamente al soddisfacimento degli utenti del servizio fermo restando che nel caso di sua in capienza l'istituto risponde anche con il proprio intero patrimonio.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

14 : LA CARTA DI CREDITO

La carta di credito è un documento che legittima il possessore a sostituire, nel pagamento di merci o servizi, alla moneta legale una **moneta scritturale**, cioè l'**addebitamento** su un conto che viene aperto a suo nome presso l'istituto emittente della carta e che deve essere periodicamente regolato alle scadenze stabilite.
La funzione della carta di credito è quella di consentire al possessore di regolare in una unica soluzione alla scadenza prestabilita il prezzo degli acquisti fatti o dei servizi ricevuti nel periodo.
In tal modo viene a crearsi un duplice rapporto.
Da un lato il rapporto tra intermediario emittente della carta e titolare della carta che comporta l'apertura di un conto presso l'emittente sul quale addebitare l'importo delle operazioni compiute presso le singole imprese convenzionate con l'intermediari. Da questo punto di vista la carta costituisce uno strumento di pagamento.
Da un altro lato vi è un rapporto tra intermediario e imprese convenzionate le quali hanno presso l'intermediario un conto nel quale vengono accreditati gli importi.
L'intermediario emittente della carta regola alla scadenza i rapporti tra acquirenti e imprese convenzionate tra conti che hanno un saldo debitore e conti che hanno un saldo creditore.
Per questa sua funzione e per il credito concesso l'intermediario riceve una commissione percentuale.

CAPITOLO II : GLI ATTI DELL'IMPRENDITORE INERENTI ALLA PRESTAZIONE DI COSE

1 : PREMESSE

1 : LO SCAMBIO COME ELEMENTO DELLA FUNZIONE DELL'IMPRENDITORE

L'attività imprenditrice, in quanto diretta a soddisfare bisogni di mercato, esegue la sua funzione attraverso lo scambio dei beni a favore del pubblico consumatore.
Lo scambio, che può attuarsi anche al di fuori dell'impresa, si realizza attraverso atti giuridici aventi diversa struttura: accanto alla vendita si ricordano il contratto estimatorio, di somministrazione, ecc.

2 : LA VENDITA

2 : NOZIONE ED EFFETTI

Lo scambio si realizza principalmente attraverso un atto giuridico noto come **vendita,** cioè il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo (art 1470 cc).
Elemento necessario per avere una vendita è la **volontà attuale di trasferire:** se questa potrà aversi promessa di vendita, ma non vendita.
In base a questo elemento inoltre si distingue una vendita con effetti reali e una vendita con effetti obbligatori: tale distinzione ha un significato solo se riferita al momento del contratto perché in ogni caso la vendita produce effetti obbligatori ed è destinata a produrre effetti reali, anche se questi possono verificarsi in un secondo momento.

3 : L'ACCORDO DELLE PARTI E LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

Il contratto di vendita è un contratto consensuale: esso si perfeziona con l'accordo della volontà sulla cosa e sul prezzo, non essendo necessaria a tal fine la consegna della cosa che è solo un'obbligazione del venditore.
In relazione alla formazione del contratto assumono particolare rilevanza l'opzione, la prelazione, l'offerta al pubblico e la promessa di vendita.
A) L'**opzione** è la dichiarazione di una parte di vendere o acquistare, inserita in un rapporto contrattuale, e destinata a produrre gli effetti propri della vendita, quando sia accettata dall'altra parte. Essa pertanto si distingue dalla promessa unilaterale di vendita, che importa l'obbligo di una parte di vende o acquistare, ma non la manifestazione attuale della parte stessa della volontà.
Una particolare ipotesi di opzione si ha nella **vendita con riserva di gradimento**: sulla base di un accordo, il venditore è vincolato alla sua dichiarazione, mentre l'altra parte ha diritto o meno di accettare la proposta a seconda che la cosa risulti o meno di suo gradimento.
B) La **prelazione** è invece la preferenza che viene accordata dalla legge a determinati soggetti nel caso in cui una parte si determini a vendere o acquistare.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Essa normalmente ha efficacia obbligatoria, ma in alcuni casi ha efficacia reale come nel caso di vendita della quota ereditaria.
C) L'**offerta al pubblico** è una proposta contrattuale indirizzata alla collettività, e non ad un singolo individuo. Esempi tipici sono l'esposizione delle merci in vetrina o le offerte dei listini.
D) La **promessa di vendita** è un contratto preliminare o preparatorio di un futuro contratto di vendita che ha ad oggetto l'assunzione unilaterale o bilaterale dell'obbligo di concludere, attraverso un successivo atto di volontà, un contratto di vendita.
Essa deve contenere gli elementi essenziali del futuro contratto; nel caso in cui la promessa rimanga inadempiuta, oltre che le tecniche previste per l'inadempimento (risoluzione e risarcimento), la parte potrà avvalersi che meccanismo dell'art 2932 cc ed ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto non concluso.

4 : LA COSA: VENDITA DI COSE GENERICHE, DI COSE FUTURE E DI COSE ALTRUI

Elementi essenziali del contratto di vendita sono la **cosa** o il **diritto** e il **prezzo** i quali devono essere determinati o determinabili.
A) La **cosa** può essere dedotta nella sua individualità o nel suo genere.
La **vendita di cose generiche** assume grande rilevanza nell'esercizio d'impresa e può riguardare un genus illimitatum o limitatum.
In questi casi il trasferimento della proprietà non consegue immediatamente alla conclusione del contratto, ma occorre un'altra operazione giuridica che individui, nella loro concretezza, le cose appartenenti a quel determinato genere che le parti intendono trasferire.
Questa operazione si chiama **specificazione**.

B) La vendita può avere ad oggetto cose presenti o **cose future.**
In questo secondo caso il trasferimento non può attuarsi finchè la cos futura non è venuta in essere: il contratto è perfetto fin dalla sua stipulazione e produce i suoi effetti obbligatori, ma non quelli reali che sono subordinati al venir in essere della cosa.
Due possono essere gli atteggiamenti assunti dalle parti: il venditore può assumere l'obbligo di trasferire la cosa dedotta in contratto per produrre la quale dovrà esplicare la sua attività (emptio rei speratae) oppure può assumere l'obbligo di trasferire le cose che risulteranno dallo svolgimento della sua attività in quanto vi siano, quali e quante siano (emptio spei).

C) importante è anche la **vendita di cose altrui**: anche in questa ipotesi sussiste l'obbligo del venditore di dare, cioè di procurarsi la proprietà della cosa che nel momento del contratto non è nel suo patrimonio.

5 : CONTINUA: VENDITA A PROVA, SU CAMPIONE O SU TIPO DI CAMPIONE

Particolari clausole contrattuali sono volte ad assicurare la rispondenza della cosa all'uso al quale è destinata o a determinate caratteristiche: si hanno così vendita a prova e la vendita su campione o su tipo di campione.
A) La **vendita a prova** è una vendita fatta sotto la condizione sospensiva che la cosa abbia le qualità pattuite e sia idonea all'uso a cui è destinata (art 1521 cc).
A differenza del contratto con riserva di godimento, in cui il contratto è in via di formazione, qui il contratto è già concluso anche se gli effetti dipendono dal fatto che la cosa venduta presenti le qualità pattuite.
B) La **vendita su campione** è quella in cui, anziché procedersi ad una descrizione minuziosa della cosa, si preleva una parte di essa (campione) e in base ad essa si forma la volontà contrattuale nel senso che le parti vogliono che la merce sia identica al campione.
Si tratta di una vendita perfetta e non condizionata.
C) La **vendita su tipo di campione** si differenzia da quella precedente per ciò che la conformità della merce al campione assume un rilievo più limitato: le parti ritengono sufficiente che la cosa, anche se non identica al campione, vi corrisponda secondo un ragionevole apprezzamento.

6 : CONTINUA: VENDITA CONTRO DOCUMENTI

L'art 1527 cc stabilisce che *nella vendita su documenti, il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo al compratore il titolo rappresentativo della merce e gli altri documenti stabiliti dal contratto o, in mancanza, dagli usi.*

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Con la vendita su documenti si favorisce la circolazione dei traffici giuridici in quanto si consente il trasferimento delle merci mediante trasferimento dei documenti, quali titoli rappresentativi di esse. Codificato il principio che i *titoli rappresentativi* di merci (art. 1996 cod. civ.) attribuiscono al possessore il *diritto alla consegna* delle merci che sono in essi specificate e il potere di disporne mediante trasferimento del titolo, ne discende l'altro principio già costantissimo nella prassi mercantile: che nella *vendita su documenti* il venditore adempie all'obbligo della consegna, rimettendo al compratore il titolo rappresentativo della merce e gli altri documenti stabiliti dal contratto od in mancanza dagli usi, documenti fra i quali (s'intende, dopo la *polizza di carico) il piu* importante è la *polizza di assicurazione.*
Nella comune intenzione dei contraenti, *surrogandosi la somma assicurata alla cosa assicurata,* si supera così il principio della nullità della vendita se già perita la cosa venduta.
La *vendita su documenti* (anche se già perite le cose vendute) è *valida, a meno che al momento del contratto il venditore fosse a conoscenza della perdita o dell' avaria della merce e l'avesse in mala fede* (art. 1529 cod. civ.) *taciuta al compratore.*
L'art. 1527 cod. civ. dice: *il venditore si libera dall'obbligo della consegna.* Meglio sarebbe stato dire: *adempie* all'obbligo della consegna. L'obbligazione ha per fine l'adempimento, e la volontà prima dell'obbligato. La liberazione è solo conseguenza dell'adempimento.
Il venditore deve *consegnare i documenti in congruo termine:* l'ingiustificato ritardo autorizza il compratore a rifiutarli trattandosi di *termine essenziale.*

7 : IL PREZZO E LA SUA DETERMINAZIONE

Come risulta dall'art 1470 cc (*La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo)* il **prezzo** è un elemento necessario. La sua determinazione è rimessa alla volontà delle parti.
l prezzo è elemento essenziale della fattispecie e, di regola, consiste in una somma di denaro. Esso distingue la fattispecie dalla permuta (1552 c.c.) in cui vengono scambiati due beni. Inoltre, esso non deve essere meramente simbolico poichè altrimenti si ha una fattispecie definita dai romani come vendita nummo uno che, secondo l'inquadramento odierno, costituisce un'ipotesi di donazione.
Il prezzo deve essere determinato o determinabile, la sua determinazione può anche essere rimessa ad un terzo nominato nel contratto o da nominare successivamente.
Se le parti hanno fatto riferimento ad un giusto prezzo, questo si determina sulla base del prezzo normalmente praticato dal venditore o su quello di borsa o di mercato.

8 : IL PASSAGGIO DEI RISCHI E L'IMPOSSIBILITA' DELLA PRESTAZIONE

Tenendo presente che la vendita produce due ordini di effetti (reali ed obbligatori), per quanto riguarda i rischi è stabilito che il passaggio di proprietà, cioè il determinarsi dell'effetto reale, importa il passaggio dei rischi dal venditore al compratore: il perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la propria prestazione anche se la cosa non gli sia stata consegnata.
Naturalmente nulla vieta che nel contratto siano posti principi diversi ed il che avviene soprattutto nella vendita di macchine.
Tale principio inoltre subisce delle eccezioni: ad esempio nella vendita con riserva di proprietà il rischio passa a carico del compratore fin dal momento della consegna della cosa, oppure nella vendita contro documento il rischio può essere a carico del compratore fin dal momento della consegna delle cose al vettore, anche se questo è antecedente alla stipulazione del contratto.

9 : LE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE: LA CONSEGNA

Ai sensi dell'art 1476 cc le obbligazioni principali del venditore sono:

- consegnare la cosa al compratore
- fargliene acquistare la proprietà, se l'acquisto non è l'effetto immediato del contratto
- garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Per **consegna della cosa** si intende il fatto che la cosa viene posta nella disponibilità del compratore; essa può attuarsi materialmente o simbolicamente.
Affinchè si abbia consegna è necessario l'impossessamento della cosa da parte del compratore, ma quando il venditore abbia posto in essere l'attività necessaria a tal fine, allora la legge fa derivare da ciò la liberazione del venditore dall'obbligo di consegna, anche se il compratore non abbia ancora conseguito la materiale disponibilità della cosa (ad es nella vendita contro documenti).

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il momento della consegna è generalmente fissato nel contratto ed il suo termine può essere essenziale: in queste ipotesi si applicano, per il mancato adempimento nel termine, le disposizioni generali. Se il termine non è essenziale, invece, può essere intimata diffida ad adempiere.
Il luogo della consegna, se non è fissato nel contratto, è quello in cui la cosa si trova al momento della vendita, se le parti ne erano a conoscenza; in caso contrario si fa riferimento al domicilio del venditore o al luogo in cui ha sede l'impresa del venditore.
Inoltre l'obbligo di consegna comprende anche accessori, frutti e pertinenze dal giorno della vendita, nonché tutti i titoli relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta.

10 : CONTINUA: LE GARANZIE

Obbligazioni ulteriori del venditore sono la **garanzia per evizione** la **garanzia per vizi** della cosa.
A norma dell'art. 1490 c.c., il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta **sia immune da vizi che la rendano inidonea all'utilizzo** cui è destinata **ovvero ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore**.
Il vizio può consistere dunque sia in una **imperfezione materiale** della cosa che incide sulla sua idoneità ad essere utilizzata sia sulla **mancanza di qualità** che si concretizza nella carenza dei requisiti di funzionalità, utilità e pregio che la cosa dovrebbe presentare.
In merito alla garanzia per i vizi della cosa venduta, innanzitutto è bene chiarire che il compratore potrà reclamare per le vie legali solo quelli che la dottrina definisce "**occulti**", nel senso che l'acquirente, al momento della stipula, non solo non ne aveva effettivamente conoscenza, ma non avrebbe potuto neppure rilevarli utilizzando l'ordinaria diligenza.
I vizi, poi, devono essere **giuridicamente rilevanti** e lo sono solo quelli di gravità sufficiente a rendere il bene inidoneo all'uso a cui è destinato o tali da diminuirne in modo apprezzabile il valore.
In presenza di vizi che denotino le caratteristiche appena descritte, la disciplina codicistica offre al compratore un **duplice canale di tutela**: eccetto che per i casi in cui gli usi escludano la **risoluzione del contratto**, potrà scegliere, infatti, tra quest'ultima (c.d. *actio redhibitoria*) e una proporzionale **riduzione del prezzo** (c.d. *actio aestimatoria*), fermo restando l'obbligo del venditore di **risarcire al compratore i danni** derivati dai vizi della cosa e anche il danno subito dal medesimo, a meno che non dimostri di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa.
È bene sottolineare che la disciplina codicistica, applicabile al contratto di compravendita in generale, non si applica nel caso di **vendita di beni di consumo**, ovvero nei contratti in cui il venditore è un professionista e l'acquirente un consumatore. In tal caso, infatti, la normativa applicabile è quella di cui al Codice del Consumo (d. lgs. n. 206/2005) che detta una disciplina di favore nei confronti del consumatore, in ragione della sua "debolezza" contrattuale.

Per quanto concerne la **garanzia per evizione**, essa fa riferimento non già alla condizione materiale della *res* (come avviene nella garanzia per vizi), bensì alla condizione giuridica della medesima.L'evizione, difatti, si compie allorché **l'acquirente sia privato della sua acquisizione, in conseguenza di una decisione giurisdizionale che dichiari un difetto di titolarità del venditore**, a fronte dell'accertamento del diritto di proprietà o di altro diritto reale **di un terzo sul bene** oggetto della vendita (art. 1485 c.c.).
Ai sensi degli artt. 1487 e 1488 c.c., è concesso alle parti **modificare o escludere la prestazione della garanzia**, ma il venditore, anche in caso di esclusione, sarà sempre tenuto per l'evizione derivante da un fatto suo proprio, non essendo ammesso alcun patto contrario.

11 : L'OBBLIGAZIONE DEL COMPRATORE: IL PAGAMENTO DEL PREZZO

Obbligazione principale del compratore è il pagamento del prezzo nel luogo e nel tempo della consegna, salvo diversa pattuizione.
L'art 1498 cc stabilisce che *Il compratore è tenuto a pagare il prezzo nel termine e nel luogo fissati dal contratto.*
In mancanza di pattuizione e salvi gli usi diversi, il pagamento deve avvenire al momento della consegna e nel luogo dove questa si esegue.
Se il prezzo non si deve pagare al momento della consegna, il pagamento si fa al domicilio del venditore.

12 : GARANZIE DEL PAGAMENTO DEL PREZZO: LA RISERVA DI PROPRIETA'; IL CREDITO AI CONSUMATORI

L'obbligazione del compratore relativa al pagamento del prezzo non è assistita nelle vendite mobiliari da particolari garanzie e l'ipoteca legare è riconosciuta solo per immobili e mobili registrati.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il credito per il prezzo ha determinato, nelle vendite a credito e nelle vendite a rate, l'istituto della **riserva di proprietà,** attraverso il quale si attua una forma specifica di garanzia a favore del venditore fin quando il prezzo non venga pagato.
In virtù di una speciale pattuizione, pur essendo avvenuta la consegna, il trasferimento della proprietà si attua solo con il pagamento dell'ultima rata e con il saldo del prezzo.
Si pongono però 2 problemi: il primo relativo all'efficacia della riserva nei confronti dei terzi, il secondo relativo alle conseguenze dell'inadempimento di una singola rata e alla risoluzione del contratto. Entrambi i problemi sono risolti dalla legge.
Rispetto ai creditori del compratore, la riserva ha efficacia a condizione che essa risulti da atto scritto e data certa anteriore al pignoramento.
Per il secondo problema, si vuole evitare che il venditore possa imporre al compratore, per l'ipotesi di inadempimento, condizioni eccessivamente onerose: la legge limita la facoltà del venditore di chiedere la risoluzione dei contratto, ma, nel caso in cui si arrivasse alla risoluzione, il venditore dovrebbe restituire le rate riscosse.

13 : L'INADEMPIMENTO

L'inadempimento delle obbligazioni nascenti dalla vendita sono il diritto al risarcimento dei danni e la scelta tra l'adempimento coattivo e la risoluzione del contratto.
L'**esecuzione coattiva** del contratto, detta vendita in danno quando inadempiente è il compratore e compera in danno quando inadempiente è il venditore, è un mezzo di autotutela consesso alla parte adempiente attraverso il quale questa realizza l'interesse perseguito con il contratto.

La **risoluzione di diritto** del contratto è invece un istituto generale consentito quando nessuna delle parti abbia ancora adempiuto alla prestazione e dunque quando il contratto non abbia ancora prodotto i suoi effetti.

Altro rimedio è quello della **rivendicazione del venditore** che consiste nella facoltà che compete al venditore di riprendere possesso delle merci consegnate al compratore e non pagate, quando la vendita sia stata fatta senza dilazione e finchè le cose si trovino presso il compratore nello stato in cui erano al tempo della consegna, mediante domanda giudiziaria da proporsi entro 15 giorni dalla consegna.

Per quanto riguarda il **risarcimento del danno**, l'art 1518 fissa un criterio normale di determinazione del danno risarcibile con riferimento alle cose che hanno un prezzo corrente.
Il danno è rappresentato dalla differenza tra prezzo convenuto e prezzo corrente al giorno della consegna; se la consegna deve effettuarsi in più momenti, allora si fa riferimenti ai prezzi di ciascun momento.

3 : IL CONTRATTO ESTIMATORIO

14 : NOZIONE E CARATTERI

Il **contratto estimatorio** è il contratto con cui una parte (tradens) consegna una o più cose mobili ad un'altra (cosiddetta *accipiens*), la quale è obbligata a pagarne il prezzo a meno che restituisca le cose entro un certo termine.
Il contratto estimatorio è regolato dagli articoli 1556 c.c. e seguenti del codice civile italiano.
L'obbligazione principale dell'accipiens è il pagamento del prezzo. La restituzione della cosa non può quindi considerarsi quale obbligazione alternativa (si tratta di un caso di *obbligazione facoltativa*).
La proprietà si trasferisce esclusivamente al momento del pagamento del prezzo o quando l'accipiens ne disponga all'interno del proprio ciclo produttivo.
Con la consegna si trasferiscono però:

1. la **disponibilità della cosa**, che può infatti essere alienata dall'accipiens (art. 1558 c.c.), ma non dalla parte che l'ha consegnata (sino alla restituzione della res da parte dell'accipiens).
2. il **rischio del perimento** della stessa, in quanto l'accipiens è tenuto a pagare il prezzo anche se la restituzione delle cose diviene impossibile, compresa l'ipotesi in cui l'impossibilità derivi da cause a lui non imputabili (art. 1557 c.c.).

Il fatto che con la consegna sia trasferita la sola disponibilità della cosa e non la proprietà preclude ai creditori dell'accipiens di richiedere sulla stessa sequestri o pignoramenti.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nella pratica si tratta di contratto largamente utilizzato nei rapporti tra distributori di giornali ed edicolanti (l'edicolante vende i giornali al pubblico, paga al distributore il prezzo delle copie vendute e restituisce quelle residue).

4 : IL CONTRATTO DI FRANCHISING

15 : NOZIONE E CARATTERI

Il **contratto di franchising**, o affiliazione commerciale, è un contratto atipico, cioè non direttamente disciplinato dal Codice Civile e rientra nella categoria dei **contratti di distribuzione**.
Il legistatore ha però provveduto a disciplinarlo in una legge speciale, la legge 129/2004.
Il Franchising è un **accordo di collaborazione commerciale** tra due imprenditori giuridicamente ed economicamente indipendenti.
Da una parte il Franchisor (comunemente detto Affiliante o Casa Madre) e dall' altra il franchisee (detto anche Affiliato) che attraverso la stipula del contratto di franchising **pongono in essere una collaborazione diretta alla commercializzazione di beni e/o servizi** con gli stessi elementi distintivi e con le procedure sperimentate dal Franchisor.
Il Franchisor prima di sviluppare il suo franchising ha sperimentato la sua formula di commercializzazione nel mercato, raggiungendo successi e consolidando un brand che ulteriormente a rafforzare attraverso il sistema del franchising.
Si arriva così a **condividere con il proprio affiliato** tutto quel bagaglio di esperienza sul modo di lavorare detto anche **know how**. Si trasferisce cioè all'affiliato un patrimonio di conoscenze attraverso la formazione e i manuali a questo riservati.
In questo modo, il potenziale affiliato apre un'attività con un'azienda che sa già come muoversi per entrare con successo nel mercato.
L'articolo 1 della legge n. 129/2004 definisce questo accordo come:

"*il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi*".

Questa definizione adottata dal legislatore, sottolinea l'attenzione posta a garanzia del franchisee che rappresenta la parte economicamente più debole.
Tra le varie novità introdotte è quindi da tenere presente la costante volontà di tutela dell'affiliato che trova espressione in una maggiore presenza di norme "protettive".
La legge 129/2004 non solo disciplina i vari aspetti dell'affiliazione commerciale, ma definisce gli elementi tipici del contratto in maniera completa e precisa cogliendone l'aspetto innovativo.

5 : IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE

16 : NOZIONE E CARATTERI

Il contratto di somministrazione o di fornitura è quello per effetto del quale una parte si obbliga verso il corrispettivo di un prezzo a eseguire in favore dell'altra prestazioni periodiche e continuative (art 1559 cc).
Esulano dal contratto di somministrazione, rientrando nel contratto di appalto, quei contratti in cui l'oggetto della prestazione duratura e periodica sono servizi e non cose: quindi obbligo del somministratore è una prestazione di dare 8come avviene per la vendita).
Tuttavia, mentre la vendita è un'operazione unica, nella somministrazione la prestazione è periodica e continuativa per cui si tratta di un contratto di durata composto da singoli atti autonomi, ma tutti aventi la loro causa nel medesimo contratto.

17 : RILEVANZA DEL FABBISOGNO DEL SOMMINISTRATO

Dal momento che il contratto di somministrazione ha la funzione di soddisfare i bisogni duraturi del somministrato, assume rilevanza il normale **fabbisogno del somministrato.**

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In mancanza di una determinazione precisa dell'entità della prestazione dovuta, si devono individuare dei criteri obiettivi per determinare gli obblighi delle parti.
La legge prevede che, ove l'entità della somministrazione non sia stata determinata, si intende pattuita quella corrispondente al fabbisogno del somministrato e che quest'ultimo debba determinarsi in relazione a quello normale esistente al momento del contratto.

18 : CLAUSOLE DI ESCLUSIVA E PATTI DI PREFERENZA

La permanenza dei rapporti durevoli tra le parti ha una grande importanza: il somministrante sa di poter contare sul collocamento durevole di determinate quantità di prodotto, energia o merci e il somministrato sa di poter contare in modo durevole sulla fornitura dei medesimi.
Per rafforzare tali posizioni sono state introdotte delle clausole per garantire una posizione di esclusività ai contraenti per il periodo di durata del contratto (clausole di esclusiva) o per assicurare una preferenza ad essi nella stipulazione di un nuovo contratto alla scadenza di quello in corso (patto di preferenza).
La **clausola di esclusiva** può essere pattuita sia a favore del somministrante che del somministrato.
Il **patto di preferenza**, invece, è stipulato maggiormente a favore del somministrante e per suo effetto il somministrato si obbliga a preferire, a parità di condizioni, il somministrante nella stipula di un nuovo contratto di somministrazione per lo stesso oggetto. Tale patto è valido, ma efficace solo per 5 anni proprio per evitare di porre limitazioni alla libertà individuale.

6 : IL LEASING

19 : NOZIONE E CARATTERI

Il **leasing** o **locazione finanziaria** è un'operazione di finanziamento per consentire all'imprenditore l'immediata utilizzazione dei macchinari e degli impianti di cui egli abbia bisogno e ad assicurare al finanziatore una garanzia reale fin quando le somme anticipate non siano state restituite.
Questa garanzia reale si attua con la fissazione in capo al finanziatore della proprietà dei macchinari ed impianti e con l'attribuzione all'imprenditore del diritto di utilizzazione a sue spese e a suo rischio.
L'operazione di leasing è molto complessa ed implica:

- un rapporto di compravendita e appalto tra produttore o costruttore e imprenditore
- un rapporto di finanziamento tra finanziatore ed imprenditore

Normalmente questi due rapporti sono indipendenti, ma in virtù di un'esplicita pattuizione essi possono essere collegati.

Il contratto di leasing, di origine anglosassone, ha incontrato nel nostro ordinamento diverse difficoltà, soprattutto nella collocazione dell'istituto stesso: ci si chiedeva se fosse un contratto atipico, un fenomeno di collegamento negoziale, una locazione, una vendita con riserva di proprietà.
Si conclude che il leasing è un'operazione di finanziamento che ha una propria finalità e che ha una precisa struttura.

CAPITOLO III : GLI ATTI DELL'IMPRENDITORE INERENTI ALLA PRESTAZIONE DI SERVIZI

1 : PREMESSE

1 : AMBITO DELLA CATEGORIA

L'attività imprenditrice può soddisfare i bisogni del mercato generale anche mediante la prestazione di un risultato anziché di una cosa.
Questa funzione si attua attraverso i contratti rientranti nella categoria della locatio operis, che si differenziano però in relazione al risultato perseguito e ai mezzi impiegati.

2 : IL CONTRATTO DI APPALTO

2 : NOZIONE

Ai sensi dell'art 1655 cc, il **contratto di appalto** è quello con cui una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso il corrispettivo di un prezzo.
L'**organizzazione** di mezzi e la gestione a proprio **rischio** consentono di cogliere il nesso tra appalto e impresa: l'appaltatore è necessariamente un imprenditore (iniziativa e rischio).

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La differenza tra appalto e vendita è netta: nell'appalto viene considerata la prestazione di un lavoro con un'obbligazione di facere, nella vendita la prestazione di una cosa e un'obbligazione di dare.
Tuttavia nella pratica non sempre è agevole questa differenziazione: per stabilire quando ci troviamo in presenza di vendita o appalto allora diventa necessario considerare il rilievo che, nella volontà delle parti, assume il lavoro (volontà di trasferire la cosa mediante il lavoro nella vendita oppure volontà di utilizzare il lavoro per ottenere un determinato risultato nell'appalto).
Inoltre, anche l'appalto, come il contratto di somministrazione, può rispondere a bisogni periodici e duraturi tanto che, accanto alle norme sull'appalto, possono essere applicate anche le norme sul contratto di somministrazione.
L'appalto è un **contratto oneroso** giacchè è previsto il diritto dell'appaltatore ad un corrispettivo in denaro.

3 : CARATTERI DELL'APPALTO CONSEGUENTI ALL'OGGETTO DELLA PRESTAZIONE: RILEVANZA DELL'IMPRESA DELL'APPALTATORE E DELL'INTERESSE DEL COMMITTENTE

Molto rilevanti nel contratto di appalto sono l'impresa che presta l'attività, l'attività prestata e il risultato che a questa consegue.
Innanzitutto l'appalto è un contratto **intuitu personae:** essendo l'appaltatore un imprenditore, l'intuitu va inteso nel senso che assume rilevanza quella determinata organizzazione produttiva e non anche la persona fisica dell'imprenditore cosicchè il contratto non si scioglie con la morte dell'imprenditore.
Non è ammessa, senza il consenso del committente, la sostituzione dell'impresa nell'esecuzione dell'opera o la cessione dell'appalto.
Se l'appaltatore ha affidato in **subappalto** l'esecuzione dell'opera senza l'autorizzazione del committente, non solo esso potrà impedire ogni ingerenza del subappaltante nell'esecuzione dei lavori, ma potrà anche richiedere la risoluzione del contratto.

Essendo il contratto di appalto finalizzato al raggiungimento di un risultato, ne deriva che il committente possa esercitare continui controlli circa la corrispondenza dell'opera al progetto ma anche verifiche sull'andamento dei lavoro.

4 : CONTINUA: VARIABILITA' DELLE PRESTAZIONI E VERIFICA DELL'OPERA

Nell'appalto, a differenza della vendita, la determinazione delle obbligazioni delle parti ha un rilievo centrale.
Sebbene il contratto di appalto sia concluso sulla base di un progetto, l'opera non rimane cristallizzata e non deve necessariamente corrispondere al progetto, ma può subire integrazioni o modificazioni nel corso della sua esecuzione. È dunque possibile che si manifesti l'esigenza di **variazioni necessarie** oppure che tali variazioni vengano ordinate dal committente.
La legge si preoccupa di evitare che, attraverso le variazioni, il contratto di appalto riguardi un'opera essenzialmente diversa da quella originaria e, qualora le variazioni non siano concordate dalle parti, riconosce il diritto di recesso all'appaltatore o al committente.
Al committente viene anche riconosciuto il diritto di rinunciare al risultato, mediante recesso unilaterale dal contratto, tenendo però indenne l'appaltatore dai lavori e dalle spese sostenute.

Anche il **corrispettivo** spettante all'appaltatore può modificarsi per varie necessità.
Per evitare danni alle parti è stato previsto l'istituto della **revisione dei prezzi** per effetto del quale è consentita una variazione del prezzo di appalto quanto, per circostanze imprevedibili al momento del contratto, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento o diminuzione superiore a un decimo del prezzo complessivo convenuto.
Da ciò deriva anche il diritto dell'appaltatore ad un **equo compenso.**
Inoltre, date le variazioni possibili, è riconosciuta anche una **verifica dell'opera** prima che questa venga consegnata al committente: essa si conclude con un collaudo.

5 : GARANZIE E RISCHI

Complementare alla prestazione del risultato è la **garanzia per le difformità e i vizi dell'opera.**
Le difformità sono differenze che l'opera presenta rispetto al progetto o alle condizioni contrattuali, mentre i vizi riguardano i difetti relativi ai materiali usati, tecnici o di esecuzione.
La garanzia prevista dalla legge riguarda solo difformità e vizi **non riconoscibili** in sede di verifica ed è subordinata alla denuncia entro 60 giorni dalla scoperta; tuttavia, eccezionalmente, essa può valere senza limiti di tempo.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Una particolare garanzia è prevista per il caso di costruzione di edifici o immobili ad avere lunga durata: in tal caso l'appaltatore è responsabile della rovina totale o parziale dell'edificio o dei gravi difetti che si manifestano entro 10 anni dal compimento dell'opera.

In relazione alla particolare natura del contratto di appalto, si determina l'incidenza dei **rischi**. Essi possono riguardare sia l'esecuzione dell'opera sia l'opera già eseguita:

- il rischio di impossibilità dell'esecuzione dell'opera, in conseguenza ad una causa non imputabile alle parti, ricade sul committente che deve pagare la parte dell'opera compiuta
- i rischi che riguardano l'opera già compiuta o in corso di esecuzione, fin quando l'opera non sia stata accettata, incidono integralmente sull'appaltatore se egli abbia fornito la prestazione e la materia, invece ricade anche sul committente qualora la materia sia stata fornita da questo.

3 : IL CONTRATTO DI TRASPORTO

A) CONCETTI GENERALI

6 : ATTIVITA' DI TRASPORTO E IMPRESA

Il trasporto di cose o persone costituisce un'attività fondamentale tanto che i servizi di trasporto costituiscono una branca dell'attività economica: l'art 2195 cc prevede espressamente, come categoria, quella degli imprenditori che esercitano un'attività di trasporto per terra, mare o aria.

7 : NOZIONE E TIPI

L'attività di trasporto si risolve in una serie di rapporti singoli che sorgono sulla base di un **contratto di trasporto** con cui il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire cose o persone da un luogo ad un altro (art 1678 cc). Si tratta di un contratto che rientra nella locatio operis.
L'opus oggetto del contratto è fungibile e indivisibile.
Si tratta inoltre di un contratto oneroso perché il pagamento del corrispettivo è un elemento essenziale del contratto.
Tenendo fermi questi caratteri, il contratto di trasporto assume particolari aspetti a seconda che riguardi cose o persone e a seconda del fattore tecnico, cioè della via per eseguire il trasporto.

B) IL TRASPORTO DI COSE

8 : STRUTTURA E CARATTERI

Il contratto di trasporto di cose ha ad oggetto la dislocazione nello spazio di cose materiali.
Essa si attua mediante l'**affidamento** delle cose al vettore il quale deve provvedere alla custodia delle stesse durante il trasporto. L'affidamento, tuttavia, non vale a trasformare il contratto di trasporto in contratto reale giacchè si tratta di un contratto consensuale.
Soggetti del contratto in questione sono il vettore e il mittente, ma è rilevante anche il destinatario. In particolare:

- il **vettore** è colui che assume il trasporto
- il **mittente** è colui che richiede il trasporto ovvero colui nel cui nome il trasporto è richiesto e la consegna effettuata
- **destinatario** è colui che riceve la merce.

Creditore del trasporto, anche durante l'esecuzione del contratto, rimane pure sempre il mittente al quale esclusivamente spetta il diritto di contrordine e cioè la disponibilità del carico.
L'indicazione del destinatario assume rilievo solo nella fase della **riconsegna**: in questa fase al rapporto mittente-vettore si sostituisce quello vettore-destinatario.

9 : FORMA E DOCUMENTAZIONE

Il contratto di trasporto di cose non è un contratto formale e non richiede la redazione di particolari documenti a fini probatori come risulta dall'art 1684 cc: in base a tale articolo la lettera di vettura o la ricevuta di carico sono solo documenti facoltativi, non costitutivi del contratto.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La conclusione del contratto di trasporto presuppone l'accordo delle parti sulle cose da trasportare, sulle modalità di trasporto e sul luogo di destinazione. Quando sia redatta una **lettera di vettura**, essa deve contenere tali elementi, ma non si tratta di indicazioni tassative.
Il **duplicato della lettera di vettura** può essere emesso all'ordine: in tal caso costituisce un titolo di credito rappresentativo di merci e al possessore legittimato di esso spettano i diritti nascenti dal contrato di trasporto.

10 : OBBLIGAZIONI DEL MITTENTE E DEL VETTORE

A) Obbligazioni principali del **mittente** sono:

- il pagamento del porto o nolo e cioè del corrispettivo per il trasporto
- la consegna al vettore del carico e dei documenti richiesti per l'esecuzione del trasporto (documenti doganali, licenze di esportazione, ecc). la consegna del carico costituisce un atto di cooperazione necessario del mittente affinchè la prestazione possa aver luogo. Le modalità di consegna sono oggetto di regolamentazione contrattuale.

B) Obbligazioni del **vettore** sono invece:

- quella di ricevere in consegna le cose da trasportare
- quella di eseguire il trasporto sulla base delle pattuizioni
- quella di riconsegnare le cose trasportate nel luogo di destinazione, dandone avviso al destinatario ed esibendo la lettera di vettura, se rilasciata
- quella di custodire le cose da trasportare dal momento della consegna a quello della riconsegna: da ciò deriva la responsabilità del vettore per perdite e avarie, basata sui principi della responsabilità ex recepto.

Altre obbligazioni accessorie possono essere imposte al vettore, come nel caso in cui la cose è gravata di **assegno**: in tal caso il vettore deve esigere da destinatario l'ammontare dell'assegno sulla base del rapporto di mandato che, attraverso l'assegno, si aggiunge al contratto di trasporto.

11 : LA RESPONSABILITA' EX RECEPTO

L'inadempimento alle obbligazioni derivanti dal contratto di trasporto determina le conseguenze tipiche e, con particolare riguardo all'obbligazione di custodia, sussistono i principi della **responsabilità ex recepto** la cui particolarità si manifesta nel campo della **prova**.
Essa si fonda, come la responsabilità comune, sull'imputabilità al vettore della causa di danno, ma mentre per i principi comuni è sufficiente ad esimere da responsabilità la prova negativa che il danno non è derivato da fatto proprio o dei propri dipendenti, in questo caso la prova negativa non è sufficiente ed è necessario dare la prova positiva che il danno è dipeso da un fatto individuato ed estraneo al vettore.
Secondo l'art 1693 cc, il vettore deve dimostrare che il danno è derivato da caso fortuito o dalla natura o dai vizi delle cose trasportate e quindi si esime da responsabilità.

La responsabilità del vettore sussiste tanto in caso di perdita delle cose trasportate quanto in caso di avaria; essa sussiste finchè dura l'obbligazione di custodia.
La legge prevede tuttavia una **limitazione della responsabilità** del vettore che potrà avvalersene solo ove la perdita o l'avaria della merce non siano state determinate da dolo o colpa grave del vettore medesimo o dei suoi collaboratori.

12 : PLARALITA' DI VETTORI: SUBLOCAZIONE DEL TRASPORTO, SERVIZI DI CORRISPONDENZA, TRASPORTI CUMULATIVI

L'esecuzione del trasporto può attuarsi con la cooperazione di più vettori successivi: tale fenomeno non ha rilievo giuridico sia quando il mittente stipuli direttamente tanti distinti contratti di trasporto con i singoli vettori successivi, sia quanto il vettore iniziale assume in proprio nome l'intero trasporto ma si avvalga poi di altri vettori (**sublocazione di trasporto**).
La cooperazione di più vettori successivi assume invece rilievo nelle ipotesi dei **servizi di corrispondenza** e in quella dei **trasporti cumulativi.** In particolare:

- nei servizi di corrispondenza (o ricarteggio) il vettore iniziale assume una duplice veste, quella di vettore per il trasporto nel tratto di sua pertinenza e quella di spedizioniere per il tratto di pertinenza dei vettori successivi. Ne risultano pertanto diversi contratti di trasporto

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

- nei trasporti cumulativi l'esecuzione del trasporto è assunta congiuntamente da più vettori successivi con un unico contratto stipulato con il vettore iniziale e ciascuno dei vettori risponde solidalmente con gli altri per l'esecuzione dell'intero trasporto.

C) IL TRASPORTO DI PERSONE

13 : STRUTTURA E CARATTERI

Il contratto di trasporto di persone assume una struttura diversa rispetto a quello di cose.
In tal caso sono fondamentali:

- l'obbligo del vettore di **dislocare nello spazio la persona del viaggiatore**, trasferendola incolume nel luogo di destinazione entro il tempo stabilito
- l'obbligo del viaggiatore di **pagare il presso del trasporto.**

La regolamentazione del rapporto di persone e di cose compare per la prima volta nel codice civile del 1942, ma essa si limita a considerare il problema della **responsabilità del vettore per i sinistri** che colpiscono il viaggiatore e le cose.
Normalmente all'atto della conclusione del contratto viene rilasciato al viaggiatore un **biglietto di viaggio** e cioè un particolare titolo di legittimazione la cui esibizione è necessaria per esigere la prestazione del trasporto.
L'**inadempimento** degli obblighi da parte del vettore importa le normali conseguenze del risarcimento dei danni.

14 : RESPONSABILITA' PER I SINISTRI

Il codice civile prevede norme precise e tassative a tutela dell'incolumità del viaggiatore, ponendosi a carico del vettore la **responsabilità per i sinistri** che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio o per la perdita e l'avaria delle cose che il viaggiatore porta con se, a meno che non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee per evitare il danno.
Si tratta di una responsabilità contrattuale ed è basata sui comuni principi di colpa, con la sola caratteristica che **anche la colpa lieve** è fonte di responsabilità.
Il vettore, per essere esonerato, deve dimostrare sia di aver usato la normale diligenza, sia di aver adottato le misure idonee ad evitare il danno; è sufficiente tuttavia la prova negativa dell'assenza di colpa e non anche, come nella responsabilità ex recepto, la prova positiva del fatto estraneo e non imputabile.
Sono nulla le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore, ma sono valide la clausole di esonero o limitazione di responsabilità per quanto riguarda la perdita o l'avaria delle sue cose.
Infine, diversamente dal trasporto di cose, è regolata la responsabilità del vettore nei **trasporto cumulativi di persone**: la responsabilità dei singoli vettori non è solidale, ma sussiste solo nell'ambito del percorso di ciascuno per cui ogni vettore risponde della propria colpa.

I principi riguardanti la responsabilità del vettore per danni causati alla persona del viaggiatore si applicano anche in tema di **trasporto gratuito**.
Nulla è detto dalla legge per il caso di **trasporto amichevole** in relazione al quale si sostiene che, in mancanza di un rapporto contrattuale o negoziale, debba farsi capo ai principi della responsabilità per atto illecito.

4 : IL CONTRATTO DI ALBERGO

15 : IMPRESA ALBERGHIERA E CONTRATTO DI ALBERGO

Nella categoria delle imprese volte a soddisfare i bisogni del mercato generale è ricompresa anche l'impresa alberghiera che ha il compito di procurare a chi ne ha bisogno un alloggio.
Questa funzione si realizza attraverso un'organizzazione di servizi che soddisfano tutti i bisogni del cliente.
Il rapporto tra albergatore e cliente è un rapporto dal contenuto complesso perché comprende prestazioni di fare e dare: alla base di questo rapporto sta proprio il **contratto di albergo.**
Dopo numerose perplessità, sembra che ad esso non possa negarsi una propria unitarietà e individualità: le diverse prestazioni dell'albergatore si pongono in funzione di un risultato comune, quello di assicurare

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

all'altro contraente l'alloggio con quelle comodità e caratteristiche che sono proprie dell'attuale stadio di civiltà.
Tutte queste prestazioni si coordinano intorno alla **prestazione di alloggio** che comprende l'utilizzazione, non sono della camera, ma di tutti i servizi predisposti.

16 : RESPONSABILITA' DELL'ALBERGATORE PER LE COSE PORTATE IN ALBERGO

Il contratto di albero trova il suo presupposto necessario nell'**organizzazione** imprenditrice e sull'albergatore incombe una **responsabilità** per le cose portate dal cliente nell'albergo: da ciò emerge che la custodia delle cose del cliente è un aspetto dell'obbligo di alloggiamento e non necessita di un contratto di deposito autonomo.
La legge dispone che l'albergatore è responsabile per il deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate in albergo, precisando che la responsabilità di costui è limitata all'equivalente di cento volte il prezzo dell'alloggio giornaliero nell'albergo.
Tale responsabilità cessa quando la sottrazione, la perdita o il deterioramento sono dovuti a colpa del cliente, delle persone che l'accompagnano o dalla natura delle cose.
In tutti gli altri casi l'imprenditore ne deve rispondere.

17 : I PACCHETTI TURISTICI

La prestazione di alloggio può venire in considerazione anche come elemento di prestazioni ancora più complesse, note come **pacchetti turistici**, che vengono offerti ad un prezzo riferito unitariamente a tutti i diversi servizi compresi.
La legge li definisce come i pacchetti venduti od offerti ad un prezzo forfettario ed aventi ad oggetto viaggi o vacanze risultanti dalla **combinazione** dei servizi di trasporto, alloggio e altri, ad essi non accessori, destinati a soddisfare esigenze ricreative del turista.
Esso è regolato nella sua globalità, e non in riferimento ai singoli servizi di cui si compone.

5 : IL CONTRATTO DI DEPOSITO

18 : LE IMPRESE DI DEPOSITO: MAGAZZINI GENERALI E DEPOSITI FRANCHI

Tra le imprese la cui attività si concreta nella prestazione di un servizio tipico sono comprese quelle che provvedono alla **custodia o conservazione** dei beni.
Particolare importanza assumono i **magazzini generali** o i **depositi franchi** che hanno una funzione analoga tra loro, ma si differenziano perché i secondi sono considerati fuori dalla linea doganale.
Il contratto che intercorre con l'imprenditore è un contratto di deposito che assume aspetti particolari, implicando non solo l'obbligo di custodia, ma anche quello di conservazione delle cose depositate.
Proprio per questo si determina una maggiore responsabilità: i magazzini generali sono responsabili della conservazione dei beni nel confronti del depositante, a meno che non provino che la perdita sia dovuta a caso fortuito, alla natura delle merci o a vizi di esse o dell'imballaggio.
Al depositante possono essere rilasciati **titoli rappresentativi di merci** depositate, ossia la **fede di deposito** e la **nota di pegno**.

CAPITOLO IV : I CONTRATTI BANCARI

1 : PREMESSE

1 : L'IMPRESA BANCARIA

L'impresa bancaria assume una particolare caratteristica in virtù della sua funzione, quella dell'**interposizione di operazioni credito**, che si riflette sia sulla disciplina dell'attività imprenditoriale sia sulle operazioni compiute per il suo svolgimento.
Ne risulta innanzitutto uno statuto particolare dell'impresa bancaria contenuto nel **TUB (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia)** del 1993. Esso stabilisce una serie di principi.
Innanzitutto si precisa che l'attività bancaria, cioè quella consistente nell'esercizio della **raccolta del risparmio tra il pubblico** e dell'**esercizio del credito**, ha carattere di **impresa** ed è riservata alla banche.
Anche l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti risulta riservato a specifici operatori, vale a dire agli **intermediari finanziari.**

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria viene fatta conseguire all'accertamento di sole condizioni di legittimità e non di merito, in particolare si ha riguardo:

- alla struttura organizzativa e patrimoniale dell'impresa che deve assumere la forma di società per azioni o società cooperativa per azioni
- al suo programma di attività
- alla sussistenza dei presupporti per il rilascio ai titolari di partecipazioni qualificate dell'autorizzazione, come il possesso di requisiti di onorabilità, prudente gestione e professionalità.

La soluzione è conseguente a rilevanti scelte operate in sede comunitaria, soprattutto quella di rinunciare alla creazione di un diritto europeo uniforme e promuovere un'**armonizzazione minima** delle normative basata sul riconoscimento reciproco.
Altre scelte di fondo che caratterizzano l'impresa bancaria sono quelle risultanti da una politica di **privatizzazione e de specializzazione**, ossia l'adozione del modello della banca universale.
Di conseguenza è venuta meno la distinzione fra banche pubbliche, di interesse nazionale, banche ordinarie per promuovere la concorrenzialità in un mercato unico.
L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria è infatti ora unico e ad essa consegue sia la facoltà di svolgere ogni altra attività finanziaria, sia quella di raccogliere il risparmio senza limiti di importo o durata.
Ogni banca inoltre può compiere le operazioni di credito che prima erano riservate agli istituti di credito speciale.

La peculiarità degli interessi coinvolti nell'attività della banche, in particolare l'esigenza di **tutela del risparmio,** spiega la previsione di un complesso sistema di controlli e **vigilanza** e l'attribuzione dei relativi compiti a specifiche **autorità creditizie**: esse sono il CICR, il ministro dell'economia e delle finanze e soprattutto la Banca d'Italia.
Compito principale dell'autorità è quello di svolgere l'attività di vigilanza sulle banche e sugli intermediari finanziari e, a tal proposito e per quanto riguarda la Banca d'Italia, si distinguono 3 forme di vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari, modificate di recente nel 2015:

- la vigilanza **informativa**, che indica il potere di ricevere notizie e segnalazioni dalle banche e dal soggetto incaricati della revisione dei conti
- la vigilanza **regolamentare**, che comprende il potere di dettare disposizioni generali e di emanare provvedimenti specifici nei confronti di singole banche
- la vigilanza **ispettiva**, relativa al potere di effettuare ispezioni e richiedere l'esibizione di documenti ritenuti necessari.

Il sistema della vigilanza bancaria infine si completa con le previsioni di una serie di interventi per l'ipotesi di **crisi**: l'attuale disciplina delle crisi bancarie si occupa sia di gestire la crisi ma anche di prevenirla. A tal proposito si prevedono misure funzionalmente e strutturalmente diverse.
A) Funzione tipicamente preventiva svolge il **piano di risanamento**, che ciascuna banca deve predisporre annualmente e sottoporre alla valutazione della Banca d'Italia e della Commissione europea; esso deve indicare le misure da adottare per riequilibrare la situazione patrimoniale e finanziaria della banca nel caso in cui tale situazione risulti deteriorata

B) Funzione preventiva svolge anche il **piano di risoluzione** che prevede le modalità per l'applicazione delle misure e dei poteri da attivare nel caso di risoluzione.

C) A fronteggiare una crisi imminente sono invece le **misure di intervento precoce**: si tratta di una serie di poteri riconosciuti alla Banca d'Italia che si distinguono a seconda della gravità della situazione in cui versano la banca o il gruppo bancario. In particolare:

- la Banca d'Italia può limitarsi a chiedere alla banca o alla società capogruppo di attuare il piano di risanamento, preparare un piano per negoziare la ristrutturazione e modificare la propria forma societaria
- qualora le misure si rivelino insufficienti, essa può disporre la rimozione o ordinare il rinnovo di tutti i componenti degli organi di amministrazione e controllo della banca.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

D) In presenza di **gravi perdite di patrimonio** ovvero su **richiesta motivata** degli organi della società, la Banca d'Italia può limitarsi ad affiancare temporaneamente all'organo di amministrazione della banca o del gruppo bancario uno o più commissari dando avvio all'amministrazione straordinaria.
Essa dura tendenzialmente 1 anno e determina la sospensione delle funzioni dell'assemblea.
In caso di **dissesto,** cioè di irregolarità gravi da giustificare la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria ovvero a fronte di perdite patrimoniali di eccezionali gravità, come pure di **rischio di dissesto,** si rende necessaria la sottoposizione della banca ad una delle diverse **procedure di crisi previste** dall'ordinamento.
A tal fine si dovrà dapprima verificare se la riduzione o conversione delle azioni si riveli idonea a rimediare al dissesto; ove ciò non fosse, la banca sarà sottoposta alla procedura di liquidazione coatta amministrativa ovvero, qualora la Banca d'Italia abbia accertato la sussistenza dell'interesse pubblico, a quella di risoluzione.

E) La **risoluzione** è disposta dalla Banca d'Italia che dà avvio all'esecuzione del programma di risoluzione. È la stessa ad attuare il programma che opera attraverso provvedimenti particolari ovvero avvalendosi di commissari speciali unitamente ad un comitato di sorveglianza.
Il d.lgs. 180/2015 prevede 4 diverse **misure di risoluzione:**

- la cessione di beni e di rapporti giuridici
- la cessione dei suddetti ben e dei rapporti giuridici a favore di un ente-ponte e cioè una società creata per mantenete la continuità delle funzioni essenziali della banca in vista della rivendita
- la cessione di beni e di rapporti giuridici a favore di una società veicolo
- il c.d. bail-in ovvero la riduzione del valore o la conversione in capitale non solo delle partecipazioni, ma anche delle passività della banca.

F) La **liquidazione coatta amministrativa** ossia la procedura concorsuale regolata secondo i principi della legge fallimentare.

G) il testo unico prevede infine **provvedimenti straordinari** aventi portata limitata come il divieto di intraprendere nuove operazioni o l'ordine di chiusura di succursali.

2 : ATTIVITA' BANCARIA E CONTRATTI BANCARI

L'attività delle banche risulta di una duplice categoria di operazioni: da un lato quelle essenziali di raccolta di capitali presso i risparmiatori (**operazioni passive**), e quelle di distribuzione dei capitali (**operazioni attive**), e dall'altro quelle accessorie consistenti nella prestazione di certi servizi (**servizi bancari**) verso il pubblico.
Oltre gli schemi contrattuali di diritto comune, sono utilizzati altri schemi derivati, di cui un presupposto è che uno dei soggetti del contratto sia una banca e la legge li ricomprende nella unica categoria dei **contratti bancari**.
Il contratto bancario è necessariamente un contratto di impresa. La disciplina legislativa viene integrata non solo dagli statuti e regolamenti delle banche, ma anche dalle norme uniformi e dalle condizioni generali del rapporto tra banca e cliente, in base al protocollo sottoscritto dall'A.B.I. (associazione bancaria italiana) nel 2000 con le associazioni dei consumatori.
Non sempre le norme uniformi hanno valore di uso giuridico: spesso la loro efficacia vincolante deve essere affermata in quanto nei singoli contratti a tali norme viene fatto diretto riferimento o in quanto rientrano tra le pratiche generali interpretative.

3 : LA TRASPARENZA DELLE CONDIZIONI CONTRATTUALI

La eccessiva disparità economica tra banca e cliente si traduce in un'esigenza di tutela del secondo che vada oltre l'art. 1341: a ciò provvede la disciplina in materia di **trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti**.
Per le condizioni generali poste da una banca non basta infatti la conoscibilità ex art 1341cc, ritenendosi che esse debbano essere rese pubbliche.
Tale pubblicità costituisce un vero e proprio obbligo e in relazione ad essa è pertanto prevista la nullità delle clausole contrattuali che prevedono condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate; se un testo contrattuale poi non indica prezzi e condizioni praticate, si applicano quelli resi pubblici; in mancanza di pubblicità nulla invece è dovuto.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Il singolo rapporto contrattuale può derogare le condizioni generali solo in senso più favorevole al cliente. L'obbligo di pubblicità non può nemmeno essere soddisfatto mediante un rinvio agli **usi**; le clausole di rinvio agli usi si considerano nulle e non apposte.

Neppure la pubblicità delle condizioni contrattuali è di per sé sufficiente per il loro inserimento nel singolo rapporto: è richiesta anche la **redazione per iscritto** del contratto e la consegna di un esemplare al cliente, e viene precisato che nel testo contrattuale debbano essere indicati il tasso di interesse ed ogni altro prezzo e condizione praticata.
In caso di **contratto di durata**, la variazione delle condizioni contrattuali sono inefficaci se unilateralmente disposte dalla banca e non comunicate al cliente, che ha comunque il diritto di recedere e ottenere la liquidazione sulla base delle precedenti condizioni nel termine di 15gg. Significativo poi che si riconosca alla Banca d'Italia, d'intesa con la Consob, il potere di prescrivere un contenuto tipico determinato per particolari contratti, dettandosi la nullità di quelli divergenti. Le situazioni di nullità possono essere fatte valere solo dal cliente (nullità relativa).

2 : OPERAZIONI PASSIVE

4 : NOZIONI GENERALI

Tra le operazioni passive di banca assumono rilievo l'**emissione di assegni circolari,** il **risconto** e il **deposito di denaro** o **deposito bancario.**
Il rilascio di **assegni circolari** presuppone il versamento da parte del richiedente della somma portata dal titolo: questa resta nella disponibilità della banca fin quando il titolo rimane in circolazione. Si tratta di strumenti di pagamento la cui utilizzazione si esaurisce rapidamente. Analoga è la funzione dell'emissione di moneta elettronica.
Il **risconto** è l'operazione con cui una banca, che ha anticipato determinati capitali a un suo cliente attraverso lo sconto, si fa a sua volta anticipare da altra banca i capitali utilizzando il credito scontato al cliente.

5 : IL DEPOSITO BANCARIO

Tra le operazioni passive assume importanza preminente il **deposito di denaro** con cui la banca si assicura i capitali che poi ridistribuisce concedendo credito.
Esso ha caratteristiche diverse rispetto al deposito ordinario, ma si ricollega al deposito irregolare assoggettato alle norme sul mutuo.
Attraverso il deposito bancario non è tanto il depositante, ma la banca stessa a ricavarne una utilità, e cioè l'acquisto della proprietà e della disponibilità di somme da impiegare a suo piacimento fin quando rimangono presso di se.
La banca paga un corrispettivo per la utilizzazione delle somme depositate, tuttavia il depositante realizza la sicurezza sulla custodia e sa di poter contare sulla restituzione alla scadenza stabilita o a sua richiesta. La banca quindi deve stare in tal senso coperta per poter far sempre fronte agli obblighi di restituzione.

Giuridicamente, il depositante è un creditore della banca, sfornito di azioni reali, mentre la banca acquista la proprietà e la disponibilità sulle somme depositate con l'obbligo di restituirle alla scadenza o su richiesta.
Il credito del depositante si qualifica come **credito disponibile**, consentendo di riconoscere la **funzione monetaria** dei depositi bancari (il depositante può usufruire della somma anche tramite assegno).

La prassi bancaria distingue diverse categorie di depositi bancari:

- Il **deposito semplice** soddisfa il bisogno di sicurezza del cliente;
- Il deposito **in conto corrente** riserva la possibilità di modificare la somma depositata con prelievi e depositi nel corso del rapporto;
- Nel deposito **a risparmio** il depositante tende a formare nel tempo un capitale attraverso modesti versamenti.

Si fanno poi altre distinzioni: se il deposito è **vincolato** la restituzione non può avvenire se non dopo una certa scadenza; vi sono poi quelli **a scadenza fissa**, quelli **liberi** con restituzione **a vista o previo preavviso**.
La differenziazione serve alla banca per capire la disponibilità che può avere delle somme e tale si riverbera poi sul saggio di interesse applicato.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La caratteristica peculiare del deposito bancario, quella di rappresentare un **rapporto di massa**, trova manifestazione anche in specifici strumenti noti come **sistemi di garanzia dei depositanti** con cui si è cercato di predisporre un meccanismo aggiuntivo per l'ipotesi di crisi dell'impresa bancaria. Essi sono sistemi consortili di diritto privato, che devono essere riconosciuti dalla Banca d'Italia e soggetti alla sua vigilanza. Questi effettuano rimborsi nei casi di liquidazione coatta amministrativa delle banche autorizzate in Italia.

6 : CONTINUA: IL LIBRETTO DI RISPARMIO

La disciplina dettagliata del rapporto rimane affidata soprattutto alle norme uniformi, ma la legge si preoccupa soprattutto di precisare l'efficacia del **libretto di deposito** rilasciato dalla banca e nel quale sono segnati i singoli versamenti e prelevamenti (art 1835 cc).
L'**efficacia** del libretto di deposito si esplica in due sensi:

- rispetto alla **prova**, in quanto le annotazioni fanno piena prova nei rapporti tra depositante e banca, ed è invalido ogni patto che deroga tale principio
- rispetto alla **legittimazione**, questa è diversa a seconda se il libretto è pagabile al portatore o è nominativo. Se il libretto è pagabile al portatore la banca non ha l'obbligo di accertare la identità di chi lo presenta, bastando la esibizione del libretto; viceversa se il libretto è nominativo (resta documento di legittimazione perché la funzione del libretto si esplica solo in caso di esercizio del diritto, non è quindi titolo di credito).

I libretti di deposito non sono destinati alla circolazione, e la diversità riguarda solo l'accertamento della legittimazione in sede di esercizio del diritto.
In base all'art. 1836, non sarebbe neanche titolo di legittimazione, ma mero contrassegno di legittimazione, dato che il possesso del libretto non attribuisce al possessore la legittimazione a ritirare somme depositate. La banca potrebbe sempre pretendere all'esibitore di dimostrare la sua qualità di depositante.

3 : OPERAZIONI ATTIVE

7 : NOZIONI GENERALI

Tra le operazioni attive di banca la legge regola distintamente l'**apertura di credito bancario**, l'**anticipazione bancaria** e lo **sconto bancario.**
Esse assolvono alla stessa funzione e di differenziano per i loro caratteri tecnici.

A) APERTURA DI CREDITO

8 : NOZIONI E CARATTERI

L'apertura di credito (art 1842 cc) è il contratto con cui la banca mette a disposizione del cliente una somma di denaro per un dato periodo o a tempo indeterminato, in funzione di una futura ed eventuale utilizzazione.
L'accreditato gode di un credito disponibile, liquido ed esigibile solo per lui, in quanto la banca può adempiere solo su richiesta dello stesso.
La somma utilizzata non sarà più disponibile, tranne nei casi di conto corrente con cui la somma può essere ripristinata con versamenti del cliente.
L'accreditato avrà l'obbligo di corrispondere gli interessi sulla somma utilizzata, oltre la provvigione per la messa a disposizione della somma, e di restituire la somma alla scadenza pattuita o a quella legale.

Giuridicamente è un **contratto definitivo e tipico**, da non confondere col mutuo, in quanto non sussiste obbligo di prelevamento.
Oggetto non è il godimento di una somma, ma il godimento di una disponibilità.
La disponibilità ha un valore intrinseco, al di là della effettiva utilizzazione.
All'onere della banca che deve rispettare tale disponibilità, corrisponde l'obbligo dell'accreditato di pagare una provvigione. L'eventuale utilizzazione crea un nuovo rapporto di godimento di una somma. Tale può essere valutato autonomamente, al fine di stabilire i propri effetti, o con riferimento alla apertura di credito, e in tal caso l'effetto è costante: la riduzione della disponibilità dell'accreditato.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

9 : TIPI DI APERTURA DI CREDITO: SEMPLICE E IN CONTO CORRENTE; ALLO SCOPERTO E GARANTITA

L'apertura di credito può essere di vari tipi.

A) innanzitutto essa può essere **semplice** o **in conto corrente**: nella prima l'accreditato ha il diritto di utilizzare il credito una sola volta anche se con successivi prelevamenti parziali, nella seconda egli ha diritto di effettuare rimesse totali o parziali e di utilizzare nuovamente il credito così reintegrato.

B) In secondo luogo può essere **allo scoperto** o **garantita**: nella prima la banca mette a disposizione la somma senza pretendere garanzie se non il patrimonio dell'accreditato; nella seconda la banca richiede una garanzia specifica, reale o personale.

L'apertura di credito allo scoperto è anche quella in cui vengono rilasciate cambiali in bianco per lo più da utilizzarsi all'atto della cessazione del rapporto per il recupero delle somme utilizzate. Infatti il rilascio delle cambiali ha come effetto di apprestare un titolo esecutivo, ma nonostante ciò in tal caso la banca è sempre in posizione di parità rispetto agli altri creditori, diversamente dal caso di apertura di credito garantita.

Per quest'ultima valgono due principi: fin quando la garanzia non è prestata, la banca può rifiutare la utilizzazione del credito; la garanzia reale o personale non si estingue se non con la cessazione del rapporto.

Inizialmente la garanzia riguarda debiti futuri, ipotesi prevista negli artt. 1956 e 2852 cc e riguarda tutti i crediti che trovano fonte in tale contratto. In caso di proroga del contratto e di garanzia prestata da terzi, rispetto a questi non può avere effetto la estensione della garanzia ai crediti sorti durante il periodo di proroga, a meno che non vi sia una manifestazione di volontà in tal senso.

Se poi il terzo non acconsente e l'accreditato non procura l'estensione della garanzia, la banca può recedere dal contratto per giusta causa.

Se la garanzia invece è stata prestata dall'accreditato, se ne afferma l'estensione ai crediti sorti durante il periodo di proroga.

10 : LA MESSA A DISPOSIZIONE DELLA SOMMA

Momenti centrali dell'operazione sono la **messa a disposizione** della somma e la sua **utilizzazione.**

Giuridicamente, la messa a disposizione della somma importa solo che l'accreditato possa pretendere dalla banca la prestazione della somma da lui richiesta o altra prestazione che risponda alle forme d'uso o alle previsioni contrattuali: importa cioè per l'accreditato solo un diritto di credito disponibile, cioè un credito liquido ed esigibile per l'accreditato, ma che non è tale per la banca.

La disponibilità ha un valore di per se, a prescindere dall'effettiva utilizzazione della somma.

Al vantaggio economico dell'accreditato corrisponde un onere della banca che, assumendo l'obbligo di prestare una somma su richiesta dell'accreditato, ovviamente deve mettersi in condizioni di adempiere: a tale scopo essa non avrà bisogno di immobilizzare dei capitali, ma adempierà attraverso il flusso normale del denaro. Per la banca l'assunzione dell'obbligo rappresenta un limite che trova il proprio corrispettivo nella **provvigione.**

11 : L'UTILIZZAZIONE DELLA DISPONIBILITA'

La disponibilità anticipa l'utilizzazione, ma quest'ultima è un fatto **autonomo** rispetto all'apertura del credito e crea un nuovo rapporto tra accreditato e banca.

Il rapporto di utilizzazione riguarda principalmente il godimento di una somma, ma può anche avere contenuto diverso. Esso comunque ha un effetto costante: quello di **ridurre la disponibilità** dell'accreditato.

Quando la somma, dunque, venga interamente utilizzata, la disponibilità cessa o, se l'utilizzazione è parziale, si riduce, salvo che la disponibilità sia ripristinata mediante versamenti da parte dell'accreditato.

Gli **atti di utilizzazione** possono consistere in operazioni di diversa natura, ma l'utilizzazione non è mai un'attività materiale, bensì giuridica.

Le modalità di utilizzazione sono rimesse alla volontà delle parti.

In mancanza interviene l'art. 1843 che ha valore suppletivo.

Esso prevede che l'accreditato possa utilizzare in più volte il credito, secondo le forme d'uso, e possa mediante successivi versamenti ripristinare la disponibilità.

Il richiamo alle **forme d'uso** determina un immediato riferimento alla prassi bancaria: l'accreditato avrà pertanto diritto di pretendere e la banca dovrà consentire tutte le forme di utilizzazioni normali nella prassi bancaria.

Così oltre al pagamento diretto all'accreditato, la banca dovrà pagare anche la persona indicata e autorizzata dall'accreditato o al cessionario di questo.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

In tali ipotesi la banca non è direttamente obbligata verso il portatore del titolo, ma paga la persona indicata. Invece nel caso di tratte spiccate dall'accreditato vi è l'obbligo della banca di accettare, in quanto è direttamente obbligata verso il portatore della cambiale.
L'accreditato può richiedere anche il rilascio di assegni circolari o di moneta elettronica.

12 : L'ESTINZIONE DEL RAPPORTO

Il rapporto di apertura di credito si estingue per la **scadenza del termine** finale, se il contratto è a tempo determinato, o per **recesso** della banca o dell'accreditato se a tempo indeterminato; si estingue anche per recesso della banca per **giusta causa** anche se a tempo determinato e per **sopravvenuta impossibilità** della prestazione.
L'estinzione comporta la **cessazione della disponibilità** e l'obbligo di **restituzione delle somme** in conformità ai patti contrattuali.
Si aggiunge l'obbligo di regolare il pagamento delle commissioni e provvigioni di conto e degli interessi sulle somme utilizzate.
A) La dichiarazione di **recesso** ha effetto immediato se per giusta causa, mentre ha effetto dopo il termine di preavviso o decorsi 15 giorni nel caso di contratto a tempo indeterminato. Tuttavia, anche quanto il recesso abbia effetto immediato, questo riguarda esclusivamente la disponibilità e non la restituzione delle somme utilizzate, restituzione che deve avvenire entro 15 giorni.

La legge non precisa il concetto di **giusta causa**: le parti possono infatti stabilire che determinati fatti debbano essere considerati come giusta causa di recesso; in difetto di una previsione, possono essere considerati tali fatti che importano una modificazione nelle basi essenziali del contratto tale da impedire la prosecuzione del rapporto.

B) Rispetto alla cessazione del contratto per **scadenza del** termine, ove non sia previsto nel contratto, deve ritenersi che la scadenza del termine importi anche l'obbligo di restituzione immediata delle somme utilizzate e degli accessori.

C) Il contratto può estinguersi anche per sopravvenuta **impossibilità della prestazione**, o per **morte** o **sopravvenuta incapacità dell'accreditato**, in quanto si tratta di contratto fiduciario.
Da distinguere comunque se l'accreditato sia imprenditore o meno: se l'accreditato è imprenditore, in quanto permanga l'impresa, deve anche permanere il contratto, invece rispetto all'accreditato non imprenditore, la sopravvenuta incapacità o morte possono costituire una giusta causa di recesso, quando valgano a determinare una modificazione essenziale delle basi del contratto.

13 : APERTURA DI CREDITO DOCUMENTALE O A FAVORE DI TERZI

Nel linguaggio bancario il termine "apertura di credito" viene usato in alternativa a quello di **credito documentale** o di **lettera di credito** per indicare quel rapporto che si inserisce in una operazione del commercio internazionale (vendita su documenti) e per effetto del quale la banca interviene per conto del compratore e a favore del venditore in modo da consentire al venditore di esigere il prezzo della merce verso consegna alla banca dei documenti pattuiti.
Si parla in questi casi di apertura di credito documentale o a favore di terzi: quando non sussiste un obbligo della banca nei confronti del venditore della merce si parla di **apertura di credito semplice o revocabile**; se sussiste un obbligo diretto della banca verso il venditore si parla di **apertura di credito confermato o irrevocabile.**

B) ANTICIPAZIONE BANCARIA

14 : NOZIONE E CARATTERI

Nella prassi bancaria il termine **anticipazione** individua due tipi di operazioni: **semplice o a scadenza fissa** che importa la dazione effettiva, da parte della banca, di una somma con obbligo del contraente di restituirla alla scadenza stabilita**; in conto corrente** che importa la messa a disposizione da parte della banca di una somma, con facoltà dell'altro contraente di prelevarla a sua discrezione e di ricostruire mediante versamenti l'originaria disponibilità, di procedere a nuovi prelevamenti, fin alla scadenza del contratto e con l'obbligo di restituire nel termine contrattuale le somme di cui in tale momento egli sia debitore verso la banca.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La dazione o la messa a disposizione delle somme sono in funzione della **costituzione in pegno** di titoli, merci o denaro, a garanzia del credito attuale o eventuale della banca, e in cui l'ammontare della somma si commisura in ogni momento del rapporto, con criterio di **proporzionalità** rigorosa e sulla base di una decurtazione percentuale detta **scarto** sul valore del pegno.
Se tale rapporto si modifica e viene a risultare inferiore rispetto a quello stabilito, o si ripristina mediante supplemento di garanzia il rapporto iniziale o l'anticipazione cessa.
Il contraente è libero di diminuire la garanzia nel corso dell'operazione perché corrispondentemente riduca in misura proporzionale l'anticipazione, lasciando inalterato lo scarto fissato.
L'anticipazione è un negozio complesso risultato della combinazione di due negozi: uno di credito e uno di garanzia. Il collegamento si attua sulla base di un rapporto di proporzionalità.

15 : IL NEGOZIO DI CREDITO

Il negozio di credito può assumere la natura giuridica del mutuo nell'anticipazione semplice, o di apertura di credito in quella in conto corrente.
Saranno pertanto applicabili le disposizioni dell'uno o dell'altro contratto e la particolarità, che l'ammontare della somma data o messa a disposizione si determina in rapporto al valore dei beni dati in garanzia e sulla base del cosiddetto **scarto,** non devia dai normali principi.
Di peculiare c'è solo che il contraente può in qualsiasi momento modificare il complesso dei beni costituiti in garanzia e corrispondentemente l'ammontare dell'anticipazione, lasciando inalterato lo scarto fissato.

16 : IL NEGOZIO DI GARANZIA

Il **negozio di garanzia** si caratterizza per la natura dell'oggetto della garanzia.
La garanzia è essenzialmente di **natura mobiliare** (precisamente un pegno) e costituita da **titoli, merci o depositi in denaro**.
Presupposto dell'operazione è che il valore del pegno possa essere agevolmente determinato; il che può avvenire solo rispetto a beni che abbiano un prezzo di mercato o corrente o che siano esattamente individuati come quantità monetaria.
La legge prevede che la garanzia possa essere rappresentata da titoli o da merci o da depositi in denaro vincolati a garanzia.
Nella categoria dei titoli vanno ricompresi sia titoli individuali (cambiali, titoli rappresentativi di merci) che di massa (azioni, obbligazioni, ecc), i libretti di deposito e altri documenti di legittimazione relativi a somme di denaro.

Il pegno è normalmente un **pegno regolare,** in cui merci e titoli sono esattamente individuati, principalmente con rilascio di documenti che prendono il nome di **cartella di anticipazione o polizza**. In questo caso, alla fine del rapporto o in caso di esercizio della facoltà ex art. 1849, la banca deve restituire le stesse merci e gli stessi titoli e perciò ha gli obblighi del creditore pignoratizio (obbligo di custodia e di provvedere all'assicurazione delle merci).

Poco frequente è invece l'ipotesi del **pegno irregolare**, o **anticipazione impropria**, perché in tal caso la banca è obbligata a conservare presso di sé merci della stessa specie per tutta la durata del rapporto.
Nel caso di pegno irregolare, proprietà e disponibilità passano alla banca, ed è obbligata solo alla restituzione di una quantità equivalente di titoli o merci della stessa specie e qualità.

17 : COLLEGAMENTO TRA CREDITO E GARANZIA

Il **collegamento tra negozio di credito e di garanzia** si attua sulla base di un rapporto di **proporzionalità**.
Non è applicabile dunque il principio della indivisibilità della garanzia ex art. 2799: riducendosi il credito si riduce la garanzia purchè rimanga fisso lo scarto inizialmente fissato. Dunque, quell'effetto che normalmente si consegue solo con il consenso del creditore, qui invece direttamente consegue alla struttura dell'operazione.

Il rapporto di proporzionalità importa che, rispetto al valore della garanzia, vengano considerate non solo le diminuzioni del valore causate dal deterioramento o dalla perdita della cosa, ma anche quelle dipendenti da altri fattori e cioè da variazioni del prezzo di mercato delle merci o titoli

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Quando il **valore della garanzia si riduce** di almeno un decimo (dunque lo scarto si riduce di almeno un decimo), la banca può chiedere un **supplemento di garanzia** e in mancanza procede alla vendita dei titoli o delle merci date in pegno.
Lo scarto può invece essere ricomposto anche con una riduzione dell'esposizione debitoria, consentita ex art. 1849.
Se lo scarto non viene ristabilito la banca può considerare cessato il rapporto e di pretendere la restituzione delle somme anticipate, realizzando, all'occorrenza, il pegno nei modi di legge.

C) SCONTO BANCARIO

18 : NOZIONE E CARATTERI

Lo **sconto** è il contratto con cui la banca, previa deduzione dell'interesse (sconto), anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non scaduto mediante cessione salvo buon fine del credito stesso (art. 1858 cc).
La sostanza dell'operazione consiste nel consentire al cliente la realizzazione immediata di
Crediti, che il cliente stesso avrebbe potuto conseguire soltanto in un momento successivo, verso il trasferimento nelle forme previste dalla legge del diritto di credito nei confronti del terzo e salvo buon fine.
La banca anticipa la somma corrispondente all'intero credito decurtata esclusivamente dell'interesse e delle commissioni.

Lo sconto è una operazione complessa che risulta dalla combinazione di una **operazione di credito** (mutuo) con un **negozio di garanzia** (trasferimento pro solvendo di un diritto di credito).
I due rapporti sono collegati nel senso che la banca non può chiedere allo scontatario (venditore) la restituzione, se non quando il debitore ceduto abbia rifiutato il pagamento. Con la
conseguenza che, se il debitore ceduto adempie alla scadenza, il rapporto si estingue; se invece non paga, lo scontatario è tenuto sulla base del rapporto di sconto alla restituzione della somma anticipata con i relativi interessi.
Tuttavia la posizione dello scontatario è e rimane quella che deriva da un rapporto di mutuo per il quale è prevista una particolare forma di adempimento.

19 : SCONTO DI CAMBIALI

L'ipotesi più frequente è lo **sconto di crediti cambiari**.
Qui il trasferimento del credito si attua mediante trasferimento del titolo e nelle forme di circolazione dello stesso. Il credito trasferito è solo il credito cartolare, non quello sorgente dal rapporto sottostante, a meno che lo sconto non si attui anche con la **cessione della provvista** in quella ipotesi in cui ciò è ammesso dalla legge.
Attuandosi il trasferimento della cambiale o dell'assegno bancario mediante girata, lo scontatario viene ad assumere, per effetto della girata, obbligazione cambiaria in via di regresso.
L'art. 1859 prevede che alla anca competa in aggiunta ai diritti che derivano dal titolo cambiario, il diritto alla restituzione delle somme anticipate sulla base del contratto di sconto.
Ne consegue che, nell'ipotesi di sconto cambiario la banca ha **verso il terzo debitore** l'azione diretta, ove questi abbia accettato, e nel caso di tratte non accettate o senza accettazione, ma con cessione della provvista, l'azione in base al rapporto di provvista.
La banca ha inoltre **verso lo scontatario** l'azione cambiaria di regresso e l'azione causale sulla base del contratto di sconto.
I rapporti tra queste diverse azioni sono regolati dai principi del diritto cambiario.
L'art. 1860 disciplina lo sconto delle tratte documentate, cioè emesse dal compratore ed accompagnate dal titolo rappresentativo della merce e dagli altri documenti.
In tal modo il venditore delle merci realizza anticipatamente il prezzo delle stesse, trasferendo alla banca mediante girata la tratta e consegnando alla stessa i documenti.
Dal punto di vista giuridico l'operazione si complica in quanto al rapporto di sconto si aggiunge un rapporto di mandato per la esecuzione del contratto di compravendita intercorrente tra scontatario e debitore. In ciò trova la giustificazione il privilegio attribuito alla banca fin quando il titolo rappresentativo delle merci rimanga in suo possesso.

20 : IL FACTORING

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Altro strumento di mobilizzazione dei crediti a breve termine è il **factoring**.
Esso si differenzia dallo sconto per due caratteristiche: nello sconto la cessione del credito avviene a scopo di garanzia (cessione pro solvendo), mentre nel factoring la cessione può essere pro soluto e in tal caso il factor assume su di se l'alea di un eventuale inadempimento.
Inoltre il factoring è una operazione globale che riguarda tutti i crediti dell'imprenditore con la sola eccezione di quelli che il factor ritenga non graditi.
Per queste sue caratteristiche, il factoring, oltre a consentire all'imprenditore la realizzazione anticipata dei crediti nei confronti dei clienti, può adempiere a **due ulteriori funzioni**: **esazione dei crediti**, esonerando l'imprenditore dagli oneri conseguiti all'attuazione di questo servizio, e una **funzione assicurativa** quando il factor assume su di se le alee di eventuali inadempimenti.
Proprio con riferimento a queste ulteriori funzioni si pone la caratteristica della **globalità** dell'operazione.
L'operazione presenta la struttura della cessione di credito e quindi dovrebbe essere sottoposta alle regole degli art 1260 e segg. Cc; tuttavia il legislatore detta una disciplina specifica, la legge 52/91 che disciplina la **cessione di crediti di impresa** riservata alle ipotesi in cui non solo il cedente è imprenditore, ma che lo sia anche il cessionario, come banca o intermediario finanziario.
Quindi, seppure in via di principio il contratto di factoring è stipulabile da chiunque, in caso di imprenditori si applica la legge 52/91 e non la disciplina della cessione del credito.

La legge 52/91 detta una disciplina che precisa che la cessione di crediti può avvenire anche **in massa** e può riguardare anche **crediti futuri**; si presume **pro solvendo** salvo rinuncia del cessionario; regola l'operazione verso i terzi e il fallimento.
Perciò, quanto al primo aspetto, la cessione diviene opponibile ai terzi aventi causa o creditori del cedente quando sia avvenuto il pagamento da parte del cessionario del corrispettivo della cessione e tale **pagamento** abbia **data certa**.

Con riferimento al secondo aspetto:

- in caso di **fallimento del debitore ceduto** si sottraggono all'azione revocatoria i pagamenti del fallito al cessionario, prevedendosi la possibilità di proporre tale azione verso il cedente che conoscesse al momento del pagamento lo stato di insolvenza del debitore ceduto
- In caso di **fallimento del cedente**, si prevede sia un potere di recesso del curatore, sia la possibilità di far dichiarare in opponibile la cessione (revoca) mediante la prova da parte del curatore che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente al momento in cui aveva pagato il suo corrispettivo e perché tale pagamento sia avvenuto nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

21 : LA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI

La **cartolarizzazione dei crediti** è un'operazione con cui si effettua una cessione in massa di crediti pecuniari a favore di una apposita società (**società veicolo**) la quale poi procede all'emissione di titoli di debito (obbligazionari), destinati ad essere offerti al pubblico e che dovranno essere soddisfatti con le somme incassate a seguito del pagamento dei debiti ceduti.
L'impresa cedente è in tal modo in grado sia di depurare il proprio bilancio dai rischi di realizzo dei crediti ceduti sia di effettuarne una smobilitazione tramite il ricorso al mercato finanziario.
La cessione avviene pro soluto.
A tutela degli investitori, i titoli emessi in tali operazioni sono qualificati come strumenti finanziari, richiedendo la loro offerta al pubblico l'utilizzazione di un prospetto informativo.
Le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduto sono destinate in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione.
Da ciò deriva che i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni, potendo agire su tale patrimonio solo i portatori dei titoli ed i creditori per ragioni connesse all'operazione.

4 : RAPPORTI PLURIMI E RAPPORTI IN CONTO CORRENTE

22 : I RAPPORTI BANCARI IN CONTO CORRENTE

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Le operazioni bancarie attive presuppongono una continuità di rapporti tra il contraente e la banca, per cui si pone l'esigenza di una **considerazione unitaria** della posizione del cliente; di ciò la legge tiene conto nel prevedere che, quando vi siano diversi conti presso una banca, i rispettivi risultati reciprocamente si compensino (art 1853 cc).
I rapporto fra banca e cliente sono infatti regolati normalmente in **conto corrente**, cioè istituendo un conto in cui vengono annoverate le perdite di debito e credito del cliente: proprio per questa sua variabilità si parla di conto corrente.
La legge fissa a tal proposito alcuni principi: innanzitutto precisa che, a differenza del conto corrente ordinario caratterizzato dall'inesigibilità del saldo fino alla chiusura del conto, in tal caso il correntista ha diritto di esigere in ogni tempo il saldo in suo favore rispettando il limite di preavviso. Da ciò emerge che con il conto corrente bancario si mira a garantire la **disponibilità** delle relative somme al correntista, mentre il conto corrente ordinario svolge una mera funzione monetaria.

Vi sono inoltre norme per il caso in cui il conto sia cointestato a più persone e in cui non sia previsto un termine di scadenza:

- Nel primo caso, ciascuna persona ha la facoltà di compiere separatamente le diverse operazioni
- Nel secondo, ciascuna delle parti può far cessare il conto mediante preavviso di 15 giorni, ove non sia stabilito un diverso termine.

5 : I SERVIZI BANCARI

23 : I SERVIZI BANCARI IN GENERALE

Le banche moderne, accanto alle operazioni di credito vere e proprie, adempiono ad altre funzioni complementari: sono nati così i **servizi bancari**, aventi diversi contenuti.
Il codice civile, che non poteva prevedere tutte le diverse ipotesi di intervento della banca, si è limitato a disciplinare i servizi bancari più diffusi limitandosi per il resto a fissare il principio che la banca risponde secondo le regole del mandato.
Tra i servizi bancari più importanti si ricorda il **deposito di titoli in amministrazione** e il **servizio bancario delle cassette di sicurezza**.

24 : IL DEPOSITO DI TITOLI IN AMMINISTRAZIONE

Si tratta di una forma perfezionata del deposito a custodia in cui, oltre all'obbligo della custodia materiale della cosa depositata, la banca assume anche la cura di provvedere al tempestivo **esercizio dei diritti** e al compimento degli atti inerenti al titolo (per es il versamento di eventuali somme ancora dovute sul titolo o l'esercizio del diritto di opzione).

25 : IL SERVIZIO BANCARIO DELLE CASSETTE DI SICUREZZA

Esso consiste nella messa a disposizione del cliente di una cassetta metallica contenuta in un loculo costruito insieme con altri nei locali blindati della banca. Il loculo è chiuso e per aprirlo occorrono due chiavi: una in possesso del cliente e una ella banca: quest'ultima coopera solo per l'apertura e chiusura della cassetta, mentre tutte le altre operazioni cono compiute dal cliente.
La legge, precisando che la banca rispondo dell'**idoneità** e della **custodia** dei locali e dell'**integrità** della cassetta, salvo il caso fortuito, risolve i precedenti conflitti circa la natura giuridica del contratto e la conseguente responsabilità della banca: non può trattarsi di una locazione, ma del godimento di un determinato loculo.
La cassetta può essere intestata a più persone, ha solitamente durata annuale e si proroga tacitamente in mancanza di disdetta.

26 : IL CONTO CORRENTE DI CORRISPONDENZA

Operazione diffusa è quella che si attua mediante l'apertura di un **conto corrente di corrispondenza**: si tratta di un'operazione complessa risultante dal collegamento di un contratto di deposito bancario e di apertura di credito in conto corrente con un contratto di mandato.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Sulla base del conto corrente di corrispondenza, la banca provvede all'esecuzione degli incarichi ricevuti dal correntista e che rientrano nelle sue funzioni, con l'intesa che le risultanze delle singole operazioni saranno annotate in un unico conto.
La banca è tenuta ad eseguire gli incarichi conferiti dal cliente nei limiti e alle condizioni contenuti nei singoli contratti.

27 : I PAGAMENTI A MEZZO BANCA; SERVIZI DI PAGAMENTO E GIROCONTO

Particolare importanza assumono i servizi bancari relativi all'**esecuzione di pagamenti** per conto del cliente.
L'ipotesi più semplice è quella con cui si stabilisce che il pagamento debba seguire a **mezzo rimborso di banca:** in tal caso esiste un mandato del cliente alla banca di provvedere al pagamento secondo le sue istruzioni. Tale mandato può essere revocato fin quando il pagamento non sia avvenuto.
Inoltre la banca può rimanere pura e semplice mandataria, o assumete obbligazioni dirette nei confronti del cliente.

Più rilevante è l'operazione di **giroconto** o **bancogiro** che rappresenta l'archetipo della disciplina dei **servizi di pagamento**.
Il giroconto consiste nell'accreditamento di una somma nel conto di un correntista (beneficiario) operato da una banca su ordine di un altro correntista (ordinante o pagatore) mediante addebitamento della stessa somma nel conto corrente di questo. In particolare:

- Il rapporto ordinante-banca trae origine dall'**ordine di giro**
- il rapporto beneficiario-banca sorge per effetto dell'**accreditamento** nel conto.
- Nei rapporti tra ordinante e beneficiario, l'ordine di giro trova la sua causa in un rapporto di diritto sostanziale, che crea un obbligo a carico dell'ordinante e un diritto di credito a favore del beneficiario. Perciò è anche possibile che l'operazione avvenga a seguito di **addebito diretto.**

Come il pagamento, anche l'accreditamento è un atto neutro, cioè che può porsi in relazione a negozi aventi una causa giuridica diversa: esso avviene indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario.
Nei rapporto tra questi soggetti (ordinante e beneficiario), il giroconto costituisce un atto di adempimento: da ciò deriva la necessità di un'**accettazione dell'accreditamento**.
A tali rapporti è estranea la banca, che si limita a dare esecuzione all'ordine attraverso le operazioni di addebitamento e accreditamento.

6 : LE GARANZIE BANCARIE

28 : UNITARIETA' DELLA POSIZIONE DEL CLIENTE E GENERALITA' DELLE GARANZIE

Le **garanzie bancarie** si caratterizzano non tanto per loro tipologia, ma per particolari atteggiamenti che questi tipi assumono nel sistema bancario.
Fondamentale a tal proposito è l'esigenza della considerazione **unitaria** della posizione del cliente, affermata nella legge bancaria del 1936.
Tale unitarietà della posizione del cliente nei confronti della banca è alla base della **generalità** della garanzia, e cioè della sua operatività a favore di tutti i crediti vantati direttamente o indirettamente dalla banca.
Questa generalità delle garanzie, tuttavia, non viene riconosciuta:

- Per quanto riguarda l'**ipoteca**, la sua iscrizione è consentita anche con riferimenti ai crediti condizionali o futuri, ma questo purchè si tratti di crediti derivanti da un rapporto già esistente e individuato: dunque la garanzia non può essere estesa ad altri rapporto che vengono ad instaurarsi con la banca e non può avere rilievo l'unitarietà
- Per quanto riguarda il **pegno**, non è possibile modificare la disciplina dell'art 2787 cc che postula l'esigenza di una sufficiente indicazione del credito e della cosa e non consente una generale espansione della garanzia.

Con riguardo a quest'ultima ipotesi, tuttavia, si è attenuata la rigidità della disciplina in quanto, restando comunque inammissibile un pegno costituito a garanzia della generalità dei crediti, è possibile un **pegno rotativo:** si tratta dei casi in cui vengono costituiti in pegno strumenti finanziari e quindi l'oggetto del pegno non è rappresentato dalle singole cose, ma dal loro valore.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Nella medesima prospettiva si considera la legge 119/2016, in materia di **pegno non possessorio**, che gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese possono costituire, a garanzia dei crediti inerenti all'esercizio dell'impresa, su beni mobili o immateriali.

29 : CONTINUA: LA FIDEIUSSIONE GENERALE O FIDEIUSSIONE OMNIBUS

Diversa è la situazione per le **garanzie personali**, rispetto alle quali la generalità della garanzia, cioè la sua operatività per tutti i rapporti intercorrenti tra cliente e banca, è ammessa su base pattizia: in questa ipotesi, quella della **fideiussione generale o fideiussione omnibus,** determinandosi gli effetti esclusivamente tra le parti contraenti, non sussiste il pericolo di un pregiudizio dei terzi.
Inoltre, per evitare comportamenti abusivi a danno del debitore, vige la regola per cui è invalida la preventiva rinuncia del fideiussore per obbligazione futura ad avvalersi della liberazione prevista dalla legge.

30 : L'AUTONOMIZZAZIONE DEL RAPPORTO DI GARANZIA: IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

Accanto agli atteggiamenti che si concretano nella generalità della garanzia, vanno considerati quegli atteggiamenti che conseguono alle esigenze di funzionamento delle garanzie del sistema bancario e che si concretano:

- Nella modificazione della disciplina relativa all'estinzione della fideiussione per fatto del creditore
- Nell'autonomizzazione del rapporto di garanzia dal rapporto principale relativo al debito garantito

Quanto al primo aspetto, l'orientamento più diffuso è orientato a favore della prassi contrattuale.

Più discussa era la validità delle clausole che vogliono rendere la fideiussione autonoma e la garanzia esigibile a semplice richiesta scritta: esse sono utilizzate soprattutto nel commercio internazionale.
In relazione ad esse si pone il problema se l'accessorietà costituisca un carattere essenziale ed insopprimibile della fideiussione e quindi ci si chiede se nel nostro ordinamento sia ammissibile un **contratto autonomo di garanzia**: il problema sembra risolversi in senso positivo in virtù dell'autonomia negoziale e all'assegnazione alla garanzia del carattere di atipicità.

31 : LE LETTERE DI PATRONAGE

Garanzia bancaria atipica usata nel fenomeno di gruppo sono le lettere di patronage o lettere di conforto o agreement.
Con esse la società capogruppo dichiara al destinatario, generalmente una banca, che la società che usufruisce del credito è una società controllata; che essa capogruppo non ne trasferirà la partecipazione senza previo avvertimento; che la società controllata è in condizione di mantenere gli impegni finanziari assunti e che comunque essa apogruppo controllerà che questo avvenga con i necessari provvedimenti.
La lettera di patronage si configura in una promessa del fatto del terzo per le formulazioni più impegnative, mentre nelle formulazioni meno impegnative comporta l'assunzione di un obbligo di comportamento nei confronti del destinatario, il cui inadempimento comporta una responsabilità contrattuale.

7 : I FINANZIAMENTI FINALIZZATI

32 : I FINANZIAMENTI AGEVOLATI

Numerose leggi di ausilio prevedono una serie di **finanziamenti agevolati** vincolati alla realizzazione degli scopi che le leggi stesse perseguono.
Si tratta di **mutui di scopo** che vengono erogati in base ad una complessa procedura mista di momenti pubblicistici e privatistici e che si differenziano dallo schema tipico del mutuo non solo perché hanno natura contrattuale e non reale, ma anche perché si basano sulla realizzazione dello scopo previsto.

33 : LA FINANZA DI PROGETTO

Sulla base dell'autonomia privata si fonda la tecnica della **finanza di progetto o project financing**.
Essa risponde all'esigenza di destinare a garanzia del rimborso dei finanziamenti all'attività imprenditoriale i risultati stessi dell'attività.
Si tratta di un'operazione in cui alcuni promotori, presentato un progetto imprenditoriale ai finanziatori ed ottenuta l'approvazione, costituiscono un'apposita società (società veicolo)a favore della quale viene effettuato il finanziamento.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Tale società si impegna ad eseguire, con il finanziamento, l'opera prevista dal progetto e i finanziatori verranno rimborsati utilizzando i ricavi derivanti dallo sfruttamento commerciale dell'opera.

34 : I FINANZIAMENTI DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE

La legge consente, ma solo alle società per azioni, di realizzare un vincolo di destinazione indipendente dall'utilizzazione di una società veicolo e prevede, a tal proposito, la tecnica dei **finanziamenti destinati ad uno specifico affare.**

Si tratta dell'ipotesi in cui nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare concesso ad una società per azioni sia previsto che i proventi dell'affare medesimo vengano destinati al rimborso totale o parziale del finanziamento.

Da ciò deriva che il finanziamento è condizionato ai risultati dell'operazione: per tale ragione la società è tenuta ad offrire specifiche garanzie della sua corretta esecuzione e anche adottare sistemi di incasso e contabilizzazione idonei ad indicare i proventi dell'affare tenendoli separati dal restante patrimonio della società.

CAPITOLO V : IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

1 : PREMESSE

1 : IMPRESA DI ASSICURAZIONE E CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

Le assicurazioni, come tutte le attività economiche, possono essere riguardate sotto un duplice aspetto: come **attività** e come **operazione singola** . Considerare l'assicurazione come attività significa fissare lo statuto dell'impresa di assicurazione, considerarla come operazione singola significa fissare il regolamento del contratto di assicurazione.

Tra i due aspetti del fenomeno sussiste una connessione, ma si tratta di una connessione che penetra nella struttura stessa del contratto, rendendo inconcepibile un'operazione singola di assicurazione al di fuori dell'impresa assicurativa.

Funzione dell'assicuratore era in origine quella di assumere su di sé i rischi inerenti al patrimonio o alla persona dell'assicurato. L'*aversio periculi* e la *susceptio periculi* costituivano un tempo l'essenza del contratto e la funzione dell'assicuratore.

Il vantaggio di quest'ultimo dipendeva dal mancato verificarsi dell'evento; il corrispettivo dell'assicurazione era commisurato al rischio assunto nel caso specifico.

Funzione attuale dell'assicuratore è invece quella della **compensazione** dei rischi o della distribuzione di essi tra i vari partecipanti allo svolgimento della vita economica.

Correlativamente alla funzione dell'assicuratore si sono modificate le basi del contatto di assicurazione. Già nella definizione del contratto di assicurazione (art 1882 cc) la legge si richiama a un concetto, quello di **premio**.

Premio non è il corrispettivo preteso dall'assicuratore sulla base della valutazione del rischio assunto con il singolo contratto, premio è quel corrispettivo che si determina in funzione di una data categoria di rischi, astrattamente considerati e sulla base dell'astratta probabilità del loro verificarsi desunta dalla legge dei grandi numeri.

Il premio si compone di due parti: il cd **premio puro** che corrisponde al rischio determinato secondo i calcoli delle probabilità e secondo la legge dei grandi numeri; e le **maggiorazioni** corrispondente alle spese e all'utile dell'assicuratore.

Di fronte al premio sta come contropartita la **prestazione dell'assicuratore**. L'art 1882 del c.c. fa consistere la prestazione dell'assicuratore nel pagamento della somma assicurata al verificarsi dell'evento.

Trattandosi di una prestazione solo eventuale,una corrispettività può essere ravvisata tra le obbligazioni, non tra le prestazione, con la conseguenza che il contratto di assicurazione dovrebbe considerarsi come un contratto aleatorio.

Nel c.c. del 1865 il contratto di assicurazione era compreso tra i contratti aleatori.

Tuttavia la qualificazione del contratto di assicurazione come contratto aleatorio contrasta con la sia funzione sociale e individuale. L'assicurazione non è diretta a procurare un vantaggio all'assicurato e chi la contrae non lo fa nella speranza che l'evento si verifichi, ma la contrae per far fronte alle necessità

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

economiche conseguenti al suo verificarsi sul presupposto che l'evento anche se deprecabile, è nel campo delle possibilità.
Si è rilevato che l'assicurato realizza il suo interesse già con la stipulazione del contratto e si è qualificata la prestazione dell'assicuratore come una prestazione di sicurezza.
Nel sistema legislativo attuale la prestazione dell'assicuratore ha un contenuto più complesso di quello che risulta dall'art 1882 c.c. Questo sistema consiste nella inserzione del rischio
singolo nella collettività dei rischi e del premio singolo nella massa dei premi, attraverso questa inserzione non soltanto entrano in funzione le norme che prevedono la costituzione delle riserve tecniche e delle riserve matematiche e le forme di investimento stesse, ma l'assicurato viene a beneficiare di quelle garanzie della collettività che la legge prevede a favore di tutti gli assicurati.
Questa definizione è stata accolta dalla stessa legge nel codice delle assicurazione private che definisce l'attività assicurativa come un'attività che non si esaurisce nell'assunzione dei rischi ma implica la loro gestione.
Contratto di assicurazione nel sistema attuale non è ogni contratto diretto alla copertura di un rischio , ma è quel contratto in cui l'assicuratore si obbliga a gestire i rischi e cioè ad inserire i singoli rischi nella massa di rischi omogenei, in modo che la copertura del rischio possa avere
come corrispettivo il pagamento da parte dell'assicurato di un premio e possa trovare una effettiva realizzazione secondo i princìpi della tecnica assicurativa e una garanzia specifica sulla massa dei premi.

2 : NOZIONE E CARATTERI DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE: L'IMPRESA COME ELEMENTO DEL CONTRATTO

L'impresa costituisce pertanto un elemento del contratto, e non soltanto un suo presupposto.
L'impresa precisamente costituisce il punto di passaggio necessario perché l'**assunzione del rischio** si attui sulla base del **pagamento del premio**.
Nella definizione legislativa del contratto di assicurazione l'impresa non emerge direttamente e il rapporto essenzialmente si pone tra il rischio e il premio.
Si tratta di un elemento implicito e non solo di un presupposto subbiettivo.
L'impresa è una condizione obiettiva perché un determinato contratto possa essere considerato come contratto di assicurazione. E se obiettivamente una qualunque impresa è presupposto sufficiente perché si abbia contratto di assicurazione, la legge pone come requisiti soggettivi per poter assumere la qualifica di assicuratore, che l'impresa assumi una determinata forma e che l'organizzazione si attui ed operi secondo determinati criteri.

L'esercizio dell'attività assicuratrice è infatti soggetto a particolari limitazioni e controlli.
Esso può essere compiuto solo da istituti di diritto pubblico, società per azioni, società cooperative o si mutua assicurazione per azioni, da società europee e cooperative europee.
Inoltre esso deve essere autorizzato dall'IVASS al quale spetta la vigilanza.

Anche per quanto riguarda la gestione, l'impresa di assicurazione è vincolata a precise regole:

- Deve svolgere un'attività corrispondente a quella per cui è stata chiesta l'autorizzazione
- È vietato l'esercizio congiunto delle assicurazioni sulla cita e contro i danni
- Deve provvedere alla costituzione delle riserve tecniche e all'investimento delle stesse secondo le previsioni
- L'impresa deve inoltre disporre di fondi propri sufficienti a coprire il requisito patrimoniale di solvibilità, e di fondi propri di base ammissibili per coprire il requisito patrimoniale minimo.

Per le imprese assicurative è prevista una serie articolata di interventi nel caso di **irregolarità o crisi**. Essi sono:

1. nelle ipotesi più gravi, la revoca dell'autorizzazione che, qualora sia totale, comporta la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa
2. una procedura di amministrazione straordinaria
3. il divieto di assunzione di nuovi affari.

3 : AMBITO E CARATTERI DEL FENOMENO ASSICURATIVO: LE COSIDDETTE ASSICURAZIONI SOCIALI

La funzione dell'assicurazione può esplicarsi nei più diversi campi dell'attività umana: ogni qualvolta, in conseguenza di un determinato evento, sia possibile l'insorgere per una persona di un bisogno da soddisfare, la funzione dell'assicurazione può teoricamente esplicarsi.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Ciò spiega la progressiva evoluzione del fenomeno assicurativo.
L'art 1882 c.c. lascia indeterminata la natura dell'evento assicurativo, solo richiedendo che si tratti di un evento produttivo di danni a carico dell'assicurato o di un evento attinente alla vita umana e consente perciò al contratto di assicurazione sempre nuove possibilità di applicazione.

L'assicurazione come forma di previdenza risponde sempre a una evidente funzione sociale.
Vi sono:

- Le **assicurazioni obbligatorie** (infortuni sul lavoro, contro la responsabilità civile conseguente a sinistri automobilistici;
- le **assicurazioni automatiche** (assicurazioni sociali).

Mentre le assicurazioni obbligatorie conservano la struttura propria delle assicurazioni e il loro fondamento contrattuale, anche se il contratto è stipulato in conseguenza di un obbligo legale a contrarre, nelle assicurazioni automatiche il rapporto assicurativo si instaura su basi essenzialmente pubblicistiche, è determinato ex lege nel suo contenuto e non trova più la base in un contratto e tanto meno in un contratto sinallagmatico.
Quando quei determinati eventi si verificano, l'assicuratore è tenuto alla corresponsione dell'indennità.

2 : IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE IN GENERALE

4 : IL RISCHIO

Ove si prescinda dalle assicurazioni sociali, le quali hanno una struttura essenzialmente pubblicistica, il rapporto assicurativo trova il suo fondamento in un **contratto a titolo oneroso**, i cui elementi essenziali sono rappresentati dal **rischio** e dal **premio**.
La sostanza del contratto di assicurazione si pone nell'obbligo assunto dall'assicuratore dietro corrispettivo di un premio, di pagare una somma al verificarsi di un evento futuro e almeno in qualche suo elemento, incerto, e cioè in definitiva nell'assunzione di un rischio verso corrispettivo di un premio.
Oggetto del contratto di assicurazione è l'assunzione di un rischio. Trattandosi di un rischio convenzionale è evidente che lo spostamento dell'onere economico si attua solo in quei limiti e sotto quei presupposti che sono stabiliti nel contratto.
Giuridicamente , l'assunzione del rischio si concreta nella promessa dell'assicuratore di pagare la somma stabilita nell'eventualità che l'evento futuro e incerto si verifichi.
Funzione del contratto è quella di dare, attraverso la promessa dell'assicuratore una sicurezza economica di fronte al possibile verificarsi dell'evento. Il rischio è elemento essenziale e non accidentale del contratto.
Se il rischio non esiste o più non esiste al momento della conclusione del contratto, un contratto di assicurazione non può sorgere validamente; se il rischio cessa di esistere successivamente, il contratto di assicurazione si scioglie.
Rischio è possibilità di avveramento dell'evento. Se l'evento è impossibile o già verificato alla conclusione del contratto, il contratto è nullo.
Se l'evento diviene impossibile dopo la conclusione del contratto, il contratto di assicurazione si scioglie. A questo riguardo possono farsi due ipotesi:

- quella che l'impossibilità dell'evento si determini prima ancora che gli effetti dell'assicurazione debbano prodursi, nel qual caso l'assicuratore ha diritto solo al rimborso delle spese
- quella in cui l'impossibilità si determini quando gli effetti dell'assicurazione sono già iniziati, nel qual caso l'assicuratore conserva il diritto ai premi fin quando della cessazione del rischio non abbia avuto conoscenza per comunicazione dell'interessato o altrimenti e, quando tale conoscenza si determini nel corso di un singolo periodo, l'assicuratore ha diritto al premio relativo all'intero periodo di assicurazione in corso.

5 : CONTINUA: COLLABORAZIONE DEL CONTRAENTE NELLA DETERMINAZIONE DEL RISCHIO

L'assicuratore deve conoscere con esattezza la situazione oggettiva al momento del contratto e da ciò la necessaria influenza sul regolamento contrattuale delle modificazioni che in tale situazione oggettiva si determinano e importano una modificazione del rischio.
Il contratto di assicurazione non riguarda un rischio generico e astratto, ma il rischio specifico e concreto che è inerente a una determinata situazione oggettiva. È necessario che l'assicuratore conosca tutte le circostanze che possono influire sulla probabilità del verificarsi dell'evento.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge impone a colui che l'assicurazione contrae, l'obbligo di dichiarare tutte quelle circostanze che siano rilevanti nella determinazione del rischio e sulle quali l'assicuratore richiama la sua attenzione attraverso appositi questionari.
Quindi vi deve essere una collaborazione del contraente con lo stipulante ai fini della precisazione della situazione oggettiva.

La legge distingue a seconda che le **dichiarazioni inesatte** o **reticenze del contraente** siano o meno dovute a dolo o colpa grave del contraente.
Nel primo caso la legge attribuisce all'assicuratore l'azione di annullamento del contratto; nel secondo caso, il diritto di recesso.
Presupposto comune all'azione di annullamento e del diritto di recesso è che la dichiarazione inesatta o la reticenza riguardino circostanze rilevanti nella determinazione del rischio, per modo che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato a quelle condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose.
Elemento comune alle due ipotesi è che la volontà di esercitare il diritto di impugnativa o di recesso , deve essere dichiarata sotto pena di decadenza entro 3 mesi dal giorno in cui l'assicuratore ha avuto conoscenza dell'inesatta dichiarazione o reticenza.
Diversa è nelle due ipotesi l'efficacia del contratto nel caso in cui l'evento si verifichi prima della dichiarazione della volontà di proporre l'azione di annullamento o di recedere, o quando ancora non sia decorso il termine di decadenza previsto per tale dichiarazione.
Nell'ipotesi di dolo o colpa grave l'assicuratore non è tenuto a pagare la somma assicurata; negli altri casi invece è tenuto a pagare una somma ridotta sulla base della differenza tra il premio convenuto e quello dovuto in relazione alla situazione effettiva.
Si opera una specie di ortopedia del contratto, al quale si conserva efficacia in quei limiti più ristretti che sono consentiti da un proporzionamento del rischio effettivo al premio pagato. Per limitare le conseguenze che possono derivare dalle dichiarazioni inesatte o reticenze del contraente, sono a volte inserite nelle polizze le clausole di incontestabilità, in conseguenza delle quali nessuna contestazione sulla validità ed efficacia dell'assicurazione può essere sollevata dall'assicuratore quando sia decorso un determinato periodo dalla conclusione del contratto. Rimane fuori dalla clausola di incontestabilità l'ipotesi di dolo del contraente.

6 : CONTINUA: MODIFICAZIONE DEL RISCHIO E OBBLIGO DI NON INTERFERIRE SULLA DETERMINAZIONE DELL'EVENTO

La situazione oggettiva può modificarsi e di conseguenza possono modificarsi le probabilità di avveramento dell'evento. Questa modificazione ha un'influenza sul contratto di assicurazione in quanto importi un **aggravamento** del rischio, sia in quanto ne comporti una **diminuzione**.
A) L'**aggravamento del rischio** ha un'efficacia diretta sul contratto di assicurazione: l'oggetto stesso del contratto viene a modificarsi.
Vi sono rischi che gli assicuratori ritengono addirittura di non poter assumere; se pertanto durante il contratto il rischio si modifica talmente da rientrare in questa categoria, non soltanto l'assicuratore ha diritto di recedere dal contratto con effetto immediato, facendo la relativa comunicazione per iscritto, ma l'assicuratore non risponde quando l'evento si sia verificato prima di tale termine.
Quando l'aggravamento avrebbe determinato solo la corresponsione di un premio più elevato, rimane il diritto di recesso dell'assicuratore ma anzitutto gli effetti del recesso operano dopo 15 gg dalla dichiarazione e se l'evento si verifica prima del decorso del termine concesso per il recesso o prima che questo diventi operativo, l'assicuratore è tenuto a corrispondere la somma in quella misura ridotta che risulta dal rapporto tra premio pagato e premio dovuto in relazione al rischio effettivo.
Analoghi principi valgono, nel caso di assicurazione sulla vita, per quegli aggravamenti del rischio che derivano da cambiamento di professione o di attività dell'assicurato.
Il contraente deve cooperare con l'assicuratore per la determinazione del rischio e deve portare a conoscenza dell'assicuratore i mutamenti oggettivi che aggravano il rischio.
La mancata comunicazione importa che non inizia il decorso del termine per la dichiarazione di recesso e che pertanto l'assicurato corre il rischio di non vedersi corrisposta la somma, nel caso in cui l'evento si verifichi e l'aggravamento sia stato tale da escludere il rischio dal novero di quelli assicurabili.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

B) La **diminuzione del rischio** non ha un efficacia diretta sul contratto ma solo autorizza il contraente a richiedere una riduzione del premio.
Questa non si opera immediatamente con la comunicazione della diminuzione del rischio, ma si opera a decorrere dalla scadenza del premio o della rata di premio successiva alla comunicazione, e viene espressamente riconosciuto all'assicuratore il recesso.
Gli effetti del recesso non si producono immediatamente ma operano dopo un mese dalla dichiarazione in modo da consentire la eventuale copertura del rischio presso l'assicurato.

Le probabilità di avveramento dell'evento sono calcolate essenzialmente su basi oggettive.
Deve escludersi la possibilità da parte dei soggetti che possono avere interesse a che l'evento si verifichi, di influire attraverso il loro comportamento sul prodursi dell'evento.
L'obbligo dell'assicuratore viene a cessare ogni qualvolta che l'evento si verifichi in conseguenza del **dolo** o della **colpa grave** di uno di tali soggetti.
L'obbligo dell'assicuratore permane se l'evento è determinato da dolo o colpa grave dei dipendenti dell'assicurato e in genere delle persone del fatto delle quali questi deve rispondere.
Principi particolari vigono per il suicidio: la legge ammette l'obbligazione dell'assicurato, stabilendo come presupposto che il contratto abbia avuto effetto per almeno due anni dalla stipulazione o, nel caso che vi sia stata una sospensione degli effetti per mancato pagamento dei premi, dal giorno in cui la sospensione è cessata.

7 : IL PREMIO

Corrispettivo dell'assunzione del rischio è il pagamento del premio.
Il premio consiste in una somma di denaro che si determina in funzione di due elementi:

- il **premio puro** che corrisponde all'equivalente matematico del rischio;
- il **caricamento** che è costituito dalla spese e dalla quota di utili dell'assicuratore.

Il premio può essere unico, cioè pagato una sola volta, o essere periodico, pagato periodicamente in relazione ai singoli periodi nei quali è suddiviso il rapporto assicurativo.
Il premio è indivisibile, esso deve essere corrisposto per l'intero.
Il pagamento del premio deve essere eseguito al domicilio del creditore: nella prassi assicurativa è tuttavia molto diffuso l'esigere i premi di assicurazione al domicilio del debitore.
Il pagamento del premio costituisce un obbligo vero e proprio per chi contrae l'assicurazione nel senso che la copertura del rischio è in funzione del pagamento del premio. Ciò vale per tutti i tipi di assicurazione.
Senza il pagamento del premio il contratto di assicurazione non è operativo, nel senso che il rischio non è coperto fin quando il premio non sia pagato.
Si determina cioè una sospensione dell'assicurazione, immediata se non è pagato il primo premio o il premio è unico; dopo 15 gg dalla scadenza, se il mancato pagamento riguardi i premi o le rate di premio successivi.
Sospensione dell'assicurazione non equivale a inefficacia del contratto, ma significa solo non copertura del rischio.
L'assicuratore può agire per la riscossione dei premi dovutogli e soltanto se tale azione non si propone nel termine si sei mesi dalla scadenza del premio o della rata di premio, il contratto di assicurazione si scioglie, fermo restando il diritto dell'assicuratore al premio per il periodo in corso e al rimborso delle spese.

8 : L'INTERESSE ASSICURATIVO

La funzione di previdenza che è tipica dell'assicurazione, pone in evidenza un ulteriore presupposto: l'**interesse**.
Interesse è la relazione che intercorre tra una persona e l'evento e in conseguenza della quale l'evento si ripercuote su quella persona, determinando in essa il sorgere di taluni bisogni economici. Se la relazione mancasse e se l'evento fosse destinato a ripercuotersi su un'altra persona, l'assicurazione si tramuterebbe in una pura scommessa.
L'interesse, come **presupposto** dell'assicurazione, è espressamente enunciato con riferimento all'assicurazione contro i danni.
È **nullo** il contratto di assicurazione se, nel momento in cui l'assicurazione deve avere inizio, non esiste un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Per l'assicurazione sulla vita questo presupposto non è espressamente enunciato, ma ciò non significa che esso non sia necessario, significa solo che esso è considerato implicito nel fatto che l'assicurazione riguarda un evento proprio dell'assicurato.
Se l'evento riguarda un fatto relativo alla vita dell'assicurato, la relazione necessariamente sussiste senza bisogno di dimostrazione.
È soltanto quando l'assicurazione sia contratta sulla vita di un terzo, che questa relazione deve sussistere.
L'art 1919 c.c. ha aggiunto un ulteriore presupposto già implicito dell'interesse, e cioè il consenso scritto della persona alla quale l'evento immediatamente si riferisce, se pure nelle sue conseguenze economiche è destinato a ripercuotersi sull'assicurato.

L'interesse è diverso nell'assicurazione contro i danni e in quella sulla vita.
Nella prima l'interesse consiste nel ripercuotersi del danno, provocato dall'evento, sul patrimonio dell'assicurato; nella seconda l'interesse consiste nel ripercuotersi dell'evento sulla propria posizione economica o su quella di persone che sono legate all'assicurato da determinati rapporti di parentela o di amicizia o di dipendenza o anche di solidarietà umana.
L'interesse deve però avere un contenuto economico.
L'interesse è un presupposto dell'assicurazione, non anche l'oggetto del contratto. Oggetto dell'assicurazione è l'assunzione del rischio e l'interesse serve appunto a giustificare il trasferimento del rischio come atto di previdenza.

9 : LE CATEGORIE DI EVENTI ASSICURATIVI: ASSICURAZIONI CONTRO I DANNI E ASSICURAZIONE SULLA VITA

La legge raggruppa i diversi possibili **eventi assicurativi** in due grandi categorie:

- eventi produttivi di danni, i sinistri, che caratterizzano l'assicurazione contro i danni
- eventi attinenti alla vita umana che caratterizzano l'assicurazione sulla vita.

Alla base della distinzione è posta la diversa funzione che l'assicurazione ha nelle due ipotesi: nell'assicurazione danni il contratto ha una funzione indennitaria; nell'assicurazione sulla vita il contratto, pur proponendosi di procurare i mezzi necessari al soddisfacimento dei bisogni economici dell'assicurato, in relazione al verificarsi dell'evento assicurativo, non ha funzione indennitaria. Da ciò derivano differenze sostanziali nelle due ipotesi.
Nell'assicurazione danni, il danno è il presupposto e il limite dell'assicurazione, nell'assicurazione vita questo presupposto e limite non sussiste, in quanto l'assicurazione non ha funzione indennitaria ma ha la funzione di assicurare una somma atta a soddisfare i bisogni che si produrranno con il verificarsi dell'evento.

Parte della dottrina ha preteso porre come carattere generale dell'assicurazione, la funzione indennitaria. In tutti i casi, secondo questa dottrina, le prestazioni dell'assicuratore sarebbero dirette a risarcire un danno, precisamente il danno causato dall'avveramento dell'evento assicurato.
Tuttavia questa tendenza dottrinale non può essere condivisa.
Non solo si confonde in tal modo la causa (danno) con l'effetto (bisogno), ma si trascura che l'effetto può essere conseguenza di una causa che in nessun modo può essere qualificata come danno.
L'espressione danno ha il significato di diminuzione patrimoniale, non si può qualificare come danno un evento che lasci esattamente integra la situazione patrimoniale e determini solo nuovi bisogni.
L'assicurazione postula costantemente un bisogno a cui supplire, ai bisogni che derivano da un evento esattamente individuato.

10 : LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO: IRREVOCABILITA' DELLA PROPOSTA. LA POLIZZA DI ASSICURAZIONE

La **conclusione del contratto** di assicurazione è regolata dai principi generali in tema di contratti.
A• Una prima deroga ai principi generali è posta in relazione alla efficacia della **proposta**.
Stabilisce l'art 1887 cc che la proposta scritta diretta all'assicuratore rimane ferma per il termine di 15 gg o di 30 gg ,se occorra una visita medica a decorrere dalla data di spedizione o di consegna all'assicuratore o ad un suo agente. Questa deroga trova una giustificazione nella necessità che l'assicuratore ha di accertare quelle circostanze oggettive che sono rilevanti nella valutazione del rischio e nella determinazione del premio.
B• Altra deroga riguarda la **prova del contratto**: il principio della libertà della prova trova una

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

limitazione in tema di assicurazione richiedendosi la prova scritta del contratto. Tale prova è apprestata dalla polizza di assicurazione o da altro documento che l'assicuratore è obbligato a consegnare al suo contraente e del quale a richiesta e a sue spese è tenuto a rilasciare duplicati.
La funzione della polizza è quella di prova del contratto, talora la polizza viene redatta all'ordine o al portatore ed in tal caso assume la natura di titolo improprio attuandosi attraverso il trasferimento della polizza la cessione del credito nei confronti dell'assicuratore e riconoscendosi al giratario o al portatore della polizza la legittimazione ad esigere.
La circolazione della polizza importa circolazione del credito verso l'assicuratore e non anche automaticamente la circolazione dell'assicurazione.
La richiesta della prova scritta risponde ad esigenze di certezza rispetto ad un contratto particolarmente complesso.
Sostanzialmente alla volontà delle parti è rimesso il regolamento dei reciproci rapporti, il legislatore però intende che alcune disposizioni dettate a tutela dell'assicurato considerato contraente più debole, non possono essere derogate se non nel senso più favorevole all'assicurato, e dispone che le clausole che stabiliscono deroghe a norme in senso meno favorevole all'assicurato siano sostituite di diritto da corrispondenti disposizioni di legge.
Ad esempio la legge intende reagire a quella prassi seguita nelle polizze per effetto della quale si stabiliscono lunghi termini di durata del contratto o si rende eccessivamente oneroso l'esercizio del diritto di recesso alla scadenza (cd disdetta) disponendo che nel caso di durata poliennale l'assicurato ha facoltà di recedere annualmente dal contratto senza oneri e con preavviso di 60 gg e limitando nel tempo l'efficacia della proroga tacita.

11 : ASSICURAZIONE PER CONTO ALTRUI E PER CONTO DI CHI SPETTA

Vi può essere una non coincidenza della persona di colui che contrae l'assicurazione con la persona dell'assicurato sia perché l'assicurazione è contratta a mezzo di rappresentante sia perché pur essendo contratta l'assicurazione in nome proprio essa è tuttavia contratta **per conto altrui** o **per conto di chi spetta**.

A) Nel caso in cui l'assicurazione sia contratta a mezzo di rappresentante la sola deroga riguarda l'ipotesi del **rappresentante senza poteri** per la quale si dispone:

- L'obbligazione personale del rappresentante senza poteri all'adempimento del contratto fin quando non interviene la ratifica o il rifiuto della ratifica da parte dell'interessato deve corrispondere il premio relativo al periodo di assicurazione in corso al momento della comunicazione del rifiuto di ratifica.
- La possibilità di ratifica dell'interessato anche dopo la scadenza del contratto o il verificarsi dell'evento.

Il contratto di assicurazione posto in essere dal rappresentante vincola il rappresentante senza poteri all'adempimento degli obblighi assunti in nome altrui e vincola altresì l'assicuratore essendo rimesso unicamente all'interessato di farlo proprio o di farne cessare gli effetti.

B) Nel caso in cui l'assicurazione sia contratta in nome proprio ma x conto altrui o per conto di chi spetta particolari deroghe vengono apportate ai principi del **mandato senza rappresentanza**. Infatti mentre nel mandato il mandatario acquista i diritto e gli obblighi derivanti dal contratto stipulato con il terzo, anche se questi è a conoscenza del mandato, nell'assicurazione in questione pur rimanendo a carico del contraente gli obblighi e pur non avendo l'assicuratore alcun diritto nei confronti del mandante i diritti derivanti dal contratto spettano esclusivamente all'assicurato e il contraente non può farli valere senza espresso consenso di lui anche se è in possesso della polizza. La deroga si giustifica il base ai principi dell'assicurazione i quali non consentono che sulla base del contratto di assicurazione possa acquistare i diritti chi non ha interesse all'assicurazione.

C) E' possibile anche che, al fine di consentire il permanere dell'assicurazione nonostante il mutamento della persona dell'assicurato, sia stipulata un'**assicurazione per conto di chi spetta** in virtù della quale è assicurato colui che, al momento del verificarsi dell'evento, si trova con questo nel rapporto voluto dalla legge; con la conseguenza del trasferimento ex lege del rapporto assicurativo per effetto dell'alienazione delle cose assicurate.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

12 : ASSICURAZIONE DI PLURALITA' DI RISCHI AUTONOMI: POLIZZE DI ABBONAMENTO E POLIZZE GLOBALI O COLLETTIVE

Il contratto di assicurazione può riguardare l'assunzione di un rischio singolo o di una **pluralità di rischi**.
In questa seconda ipotesi può accadere che i rischi possano al momento del contratto essere determinati soltanto nella loro configurazione astratta e non anche nel loro numero, nella loro consistenza si parla in tal caso di **polizze di abbonamento** o **polizze globali o collettive**.
Mediante le **polizze di abbonamento** si assicurano tutti i rischi di una determinata categoria afferenti la persona dell'assicurato nel tempo di durata del contratto, mediante quelle **globali o collettive** si assicurano i rischi afferenti la persona dell'assicurato in funzione della comprensione delle cose assicurate in una determinata azienda o della relazione di dipendenza di una determinata persona da una determinata impresa.
I singoli rischi possono assumere una loro autonomia e dar luogo a distinti rapporti di assicurazione o invece essere dedotti in contratto come una pluralità unificata.

Quando il contratto è destinato a coprire una pluralità di rischi autonomi possono verificarsi tre ipotesi:

- **L'assicurazione dei singoli rischi è facoltativa per entrambe le parti**. In questo caso manca la volontà attuale di stringere un rapporto di assicurazione, le parti si limitano a fissare le modalità di futuri contratti in previsione della loro stipulazione.
- **L'assicurazione dei singoli rischi è obbligatoria per una delle parti**. In questo caso è previsto l'obbligo di una parte di stipulare questi contratti quando la parte in facoltà (di solito l'assicurato) lo richieda
- **L'assicurazione dei singoli rischi è obbligatoria per entrambe le parti**. In questo caso esiste sia la predisposizione di una regolamentazione dei futuri rapporti di assicurazione sia la volontà attuale di stringere tali rapporti.

13 : LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO A MEZZO DI AGENTI

Il contratto di assicurazione può essere stipulato oltre che dall'assicuratore **a mezzo di agenti** espressamente autorizzati alla conclusione dei contratti.
I poteri di rappresentanza dell'agente sono quelli che risultano dalla procura.
I **contratti conclusi** con gli agenti possono modificare e risolvere i contratti stessi a meno che ciò non sia escluso nell'atto di conferimento di poteri e la legittimazione attiva e passiva nelle controversie relative ai contratti da essi posti in essere.
È riconosciuto all'agente di assicurazione la legittimazione a ricevere il pagamento di premi.

14 : LE VICENDE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

Le vicende del contratto di assicurazione, in quanto non siano regolate da principi particolari, sono disciplinate da principi generali in tema dei contratti, essendo particolare la struttura del contratto di assicurazione cioè un contratto di durata a titolo oneroso.
Esistono specifiche norme al fine di fissare le conseguenze che sul contratto determinano le vicende relative all'impresa di assicurazione.
La legge prevede distintamente le ipotesi di fusione, scissione, concentrazione di azienda e di cessione del portafoglio e stabilisce che in queste ipotesi il contratto di assicurazione non si scioglie ma continua con la società incorporante o che risulta dalla fusione o con la società che assorbe l'azienda ecc.
In caso di liquidazione coatta amministrativa il contratto di assicurazione si scioglie ma lo scioglimento non è automatico, ma si attua su richiesta degli assicurati, da dirigersi al commissario liquidatore e con effetto dal ricevimento della richiesta.
In mancanza i contratti di assicurazione rimangono efficaci per 60 gg dalla pubblicazione del decreto di liquidazione nella GU. L'assicurato ha diritto di far valere la nullità del contratto con conseguente restituzione dei premi pagati quando esso sia stipulato da impresa non autorizzata o alla quale sia stato fatto divieto di assumere nuovi affari.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Quanto alla **prescrizione dei diritti derivanti dal contratto,** il diritto al pagamento del premio si prescrive in un anno a decorrere dalla scadenza mentre il diritto all'indennità si prescrive in due anni a decorrere dal giorno in cui si è verificato l'evento, e in quello di assicurazione sulla vita in 10 anni.

3 : L'ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI

15 : FUNZIONE INDENNITARIA E INTERESSE ALL'ASSICURAZIONE: DANNO RISARCIBILE; SURROGA DELL'ASSICURATORE; OBBLIGO DI AVVISO E DI SALVATAGGIO

I vari rami dell'assicurazione contro i danni

Un evento può determinare un danno:

- In quanto distrugga o menomi un bene esistente nel patrimonio dell'assicurato (esempio assicurazioni contro gli incendi, i furti, il gelo, la mortalità del bestiame)
- In quanto imponga a carico dell'assicurato una responsabilità
- In quanto determini la cessazione di un lucro

Si distinguono così vari rami di assicurazione in cui ogni polizza ha una dettagliata disciplina.

Presupposto dell'assicurazione è, in tutte le ipotesi, l'**interesse all'assicurazione**, cioè fino alla conclusione del contratto ci deve essere una relazione tra la persona dell'assicurato e l'evento assicurativo, tale che verificandosi l'evento il danno incide sul patrimonio dell'assicurato.
Nelle assicurazioni di cose tale interesse sussiste non solo quando l'assicurato è proprietario ma anche quando l'assicurato abbia un diritto reale più limitato di godimento o di garanzia. L'interesse all'assicurazione oltre che presupposto costituisce nell'**assicurazione danni** un **limite** nel senso che non soltanto non ci può essere un'assicurazione senza interesse, ma non ci può essere assicurazione oltre l'interesse.
La funzione indennitaria dell'assicurazione impone che l'assicuratore sia tenuto al risarcimento del danno subito e che l'assicurazione non sia contratta per una somma superiore a quella che corrisponde al massimo danno che l'assicurato può risentire in conseguenza del verificarsi
dell'evento.

In relazione alle assicurazioni relative a cose la legge fa divieto della sovrassicurazione cioè dell'assicurazione per una somma superiore a quella che rappresenta il valore economico del diritto che l'assicurato ha sulla cosa.
La violazione del divieto se c'è stato dolo del contraente importa invalidità del contratto, se non ci è stato dolo il contratto ha effetto fino a concorrenza del valore reale.
La legge impone che nel caso in cui per lo stesso rischio siano contratte più assicurazioni da diversi assicuratori, l'assicurato dia avviso dell'esistenza di esse a tutti gli assicuratori.
La violazione se dolosa esonera gli assicuratori dall'obbligo del pagamento dell'indennità.

Principio fondamentale è quello che il valore delle cose perite o danneggiate va determinato con riferimento al momento del sinistro , solo nell'assicurazione dei prodotti del suolo il **danno si determina** in relazione al valore che i prodotti avrebbero avuto al tempo della maturazione o della raccolta. Ci può essere anche una determinazione preventiva del valore della cosa assicurata al momento della conclusione del contratto attraverso una stima accettata per iscritto dalle parti (articolo 1908 cc).
L'obbligo dell'assicuratore sussiste nei limiti stabiliti dal contratto soltanto in relazione al danno effettivamente subito in conseguenza del verificarsi dell'evento.
Tale obbligo si ripartisce tra i vari coassicuratori nel caso di coassicurazione. Il danno risarcibile è soltanto il danno emergente.
Al fine di evitare che l'assicurato ricavi un lucro dall'assicurazione la legge prevede la surrogazione dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili fino a concorrenza dell'indennità corrisposta.
La surrogazione non si attua quando il danno sia causato senza dolo da parte di parenti o affini dell'assicurato con lui conviventi o da domestici.
L'assicurato non deve pregiudicare il diritto di surrogazione ritenendolo altrimenti responsabile nei confronti dell'assicuratore.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

L'assicuratore non risponde dei danni o dei maggiori danni determinati da vizio della cosa non denunciato nel contratto.

Alla funzione indennitaria del contratto rispondono altresì gli obblighi che incombono sull'assicurato di fronte al verificarsi del sinistro e cioè l'obbligo di avviso e di salvataggio.
In mancato adempimento ha rilevanza giuridica solo in quanto colposo o doloso.
• **L'obbligo di avviso** si trae dalla necessità dell'assicuratore di conoscere esattamente come si è determinato il sinistro e le conseguenze dannose che ne sono derivate e ciò hai fini dell'accertamento del danno. L'avviso deve essere dato all'assicuratore o all'agente nel termine di tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o in cui l'assicurato ne ha avuto conoscenza.
• **L'obbligo di salvataggio** si trae dalla necessità di limitare al massimo il danno. A esso corrisponde l'obbligo dell'assicuratore di rimborsare le spese e risarcire i danni materiali provocati dai mezzi adoperati per il salvataggio. Il rimborso e il risarcimento vanno proporzionati all'interesse che l'assicuratore aveva nel salvataggio e cioè tenendo conto della parte che il valore assicurato rappresenta rispetto al valore della cosa.

L'inadempimento di tali obblighi in caso di dolo comporta la perdita del diritto all'indennità, ne comporta una riduzione dell'indennità in caso di colpa.

16 : L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE

Il codice pone espressamente, risolvendo numerosi problemi, i principi fondamentali sull'**assicurazione della responsabilità civile**.
Quest'ultima è contratta al fine di tenere indenne l'assicurato di quanto è tenuto a pagare a un terzo, in conseguenza di un fatto dannoso accaduto durante il tempo dell'assicurazione nello svolgimento dell'attività prevista nel contratto.
La responsabilità dell'assicurato nei confronti del terzo può dipendere anche da un fatto illecito dell'assicurato. La legge esclude i danni derivanti da fatti dolosi.
Da ciò è sorto il dubbio se l'obbligo del risarcimento debba ritenersi escluso oltre che nel caso di fatto doloso dell'assicurato anche in quello di fatto doloso delle persone di cui l'assicurato debba rispondere.
La giurisprudenza e la dottrina, considerando che l'assicurazione di responsabilità civile rientra nel genus assicurazione danni ritengono che sia coperto dall'assicurazione anche il danno derivante dal fatto doloso delle persone di cui l'assicurato deve rispondere.
Anche secondo Ferri la soluzione appare esatta. È infatti da tener presente che il danno tenuto a risarcire è quello che si produce nel patrimonio dell'assicurato, non quello subito dal terzo danneggiato. Orbene questo danno quando sia conseguenza dell'operato di persone di cui per legge si deve rispondere non deriva mai da fatto doloso esso è conseguente al rapporto di preposizione e trova il suo fondamento nella legge.

L'obbligo sussiste nei confronti dell'assicurato e quindi non si ha un'ipotesi di contratto a favore di terzi.
Il terzo danneggiato non ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore e, di fronte all'inerzia dell'assicurato nei riguardi dell'assicuratore, egli potrebbe avvalersi solo dell'azione surrogatoria quando ne ricorressero gli altri presupposti.
Il credito del terzo danneggiato nei confronti dell'assicurato ha **privilegio** sull'indennità dovuta dall'assicuratore.

L'obbligo dell'assicuratore è limitato alla somma assicurata, infatti manca la possibilità di una determinazione preventiva del valore assicurabile.
Esso si estende anche alle spese di giudizio sostenute dall'assicurato per resistere all'azione del terzo danneggiato purchè non superino il quarto della somma assicurata.
Le polizze determinano con precisione le ipotesi in cui l'obbligo dell'assicuratore sorge e i fatti dannosi che sono coperti dall'assicurazione.

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Determinano anche i rapporti tra assicuratore e assicurato in ordine alla gestione della lite nei confronti del terzo danneggiato.

Il diritto dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore si determina in funzione del diritto del terzo nei confronti dell'assicurato in conseguenza di ciò il termine di **prescrizione**, due anni, decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione.

17 : CONTINUA: L'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA DEI VEICOLI E DEI NATANTI

Particolari atteggiamenti assume l'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla **circolazione dei veicoli a motore e dei natanti**. Non soltanto si è posto il principio dell'obbligatorietà dell'assicurazione**,** ma si è costituito presso una società concessionaria servizi assicurativi pubblici (CONSAP) un fondo di garanzia per le vittime della strada e si è posto a carico di questo fondo il risarcimento del danno nelle ipotesi in cui il sinistro sia provocato da un veicolo o da un natante non identificato, qualora il veicolo o il natante non risulti coperto da assicurazione, l'impresa di assicurazione presso la quale questi sia stato assicurato si trovi in stato di liquidazione coatta amministrativa o il veicolo sia posto in circolazione contro la volontà del proprietario o ancora il sinistro sia stato cagionato da un veicolo privo di assicurazione spedito in Italia da altro stato comunitario.
Un risarcimento del danno se pur in misura più limitata è apprestato quindi anche al di fuori di un contratto di assicurazione.

Per quanto attiene al rapporto assicurativo i profili più significativi consistono da un lato nell'attribuzione al danneggiato di un'**azione diretta** nei confronti dell'assicuratore, dall'altro lato al riconoscimento al danneggiato di una **posizione autonoma** rispetto a quella dell'assicurato nei limiti della polizza.
Si tratta di un'azione diretta e non di un diritto proprio del danneggiato nei confronti dell'assicuratore.
Già nel sistema del codice il danneggiato era legittimato a ricevere la prestazione dall'assicuratore.
L'azione diretta rispondendo alla causa stessa dell'assicurazione di responsabilità civile è attribuita al danneggiato anche quando l'assicurazione ecceda i limiti entro i quali essa sia obbligatoria.

Mentre nel sistema originario soltanto *nei limiti dei massimali minimi* stabiliti dalla legge si riconosceva al danneggiato un'autonomia di posizione rispetto a quella dell'assicurato, nel sistema attuale sono inopponibili nei confronti del danneggiato le eccezioni derivanti dal contratto o dalle sue clausole *per l'intero massimale di polizza* con la conseguenza che la posizione del danneggiato e stata resa *interamente autonoma* eliminandosi così quella duplicità di posizione in parte di autonomia e di parte di dipendenza che sussisteva nel sistema precedente.
Le ragioni sono che si intende accelerare la liquidazione dell'indennità e il primo presupposto per raggiungere questa finalità è quello di svincolare dal contratto il diritto al pagamento dell'indennizzo.
I rapporti tra assicuratore e danneggiato riguardano l'accertamento della responsabilità e la determinazione del danno risarcibile, se questo danno rientra nel massimale della polizza la corrispondente indennità deve essere comunque pagata dall'assicuratore.

Oggi l'autonomia della posizione del danneggiato riguarda l'intero massimale previsto in contratto riguarda cioè un diritto che dal contratto deriva e che soltanto dal contratto può derivare.
Oggi quindi si tratta di stabilire come e perché un diritto derivante da un contratto si autonomizzi quando sia fatto valere dal terzo danneggiato.
Una giustificazione può ricavarsi dal fatto che la legge speciale in aggiunta al contratto e cioè alla polizza di assicurazione richiede l'emissione da parte dell'assicuratore un certificato di assicurazione e di un contrassegno di assicurazione da lui firmato nel quale sono indicati il numero della targa del veicolo e dell'anno mese e gg di scadenza dl periodo di assicurazione per il quale sono stati pagati i premi.
Sono qst i documenti rilevanti ai fini della circolazione dei veicoli e sulla base di essi che il danneggiato è legittimato a proporre l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore.
La polizza di assicurazione pur essendo il presupposto per il rilascio di questi documenti rimane un atto puramente interno. Vi è cioè in aggiunta al contratto e alla polizza una dichiarazione unilaterale dell'assicuratore che attesta che un'assicurazione è in atto fino a una certa data e che i relativi premi sono stati pagati e che quindi esso assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità.
Si tratta di una dichiarazione che si dirige ai terzi e che è rilevante nei loro confronti.
La fonte diretta del rapporto per il terzo danneggiato non è il contratto ma la dichiarazione

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

contenuta nel certificato e nel contrassegno di assicurazione.

4 : L'ASSICURAZIONE SULLA VITA

18 : FUNZIONE E CATEGORIE: ASSICURAZIONI PER IL CASO DI MORTE E ASSICURAZIONI PER IL CASO DI VITA

L'assicurazione sulla vita, pur assolvendo a funzioni di previdenza, non ha carattere indennitario.
L'assicurato attraverso il pagamento di un premio mira a procurarsi una somma o una rendita in relazione a un evento della vita umana.
L'ammontare della somma o della rendita è rimesso alla determinazione dell'assicurato.
Eventi attinenti alla vita umana sono gli eventi normali e cioè comuni alla vita di ogni uomo e sostanzialmente si riducono alla **morte** e alla **sopravvivenza**.
Il rischio assunto dall'assicuratore nelle assicurazioni sulla vita è essenzialmente connesso alla durata della vita umana o alla morte, e appunto per questo si distinguono la assicurazioni per il caso di morte e quelle per il caso di vita.
Il rischio può dipendere dal fatto che si renda esigibile la somma assicurata, in conseguenza della morte dell'assicurato o della sua longevità, come può dipendere dal fatto che in conseguenza della morte dell'assicurato si arresti il pagamento dei premi.
Sono assicurazioni per caso di morte, quelle in cui la morte costituisce l'evento dal quale dipende il rischio dell'assicuratore, nel senso che il suo verificarsi importa un aggravamento nella posizione dell'assicuratore; sono assicurazioni per caso di vita quelle in cui è la sopravvivenza che importa un aggravamento nella posizione dell'assicuratore.

La assicurazioni a termine fisso per le quali l'assicuratore si obbliga al pagamento di un capitale ad epoca fissa, convenendo però che in caso di morte dell'assicurato, si arresti il pagamento dei premi, o le assicurazioni miste, per le quali l'assicuratore si obbliga a corrispondere un capitale alla morte dell'assicurato o in caso di sopravvivenza oltre un dato limite, rientrano tra le assicurazioni per il caso di morte in quanto è questo l'evento al quale è connesso il rischio dell'assicuratore. Sono assicurazioni per il caso di vita quelle in cui l'assicuratore si obbliga a corrispondere un capitale ad epoca fissa o in determinate occasioni, se l'assicurato sarà ancora in vita, o si obbliga a corrispondere una rendita vitalizia, perché in questi casi è dalla sopravvivenza che dipende l'aggravarsi della posizione dell'assicuratore.

19 : ASSICURAZIONE SULLA VITA DI UN TERZO E ASSICURAZIONE A FAVORE DEL TERZO

L'**assicurazione** può essere contratta sulla **propria vita** o su **quella di un terzo**, ma in quest'ultimo caso, se si tratta di assicurazione per il caso di morte, è necessario un ulteriore presupposto, quello del consenso scritto del terzo o di un suo legale rappresentante.
L'assicurazione sulla vita può essere validamente stipulata **a favore di terzi**.
Il beneficiario acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione in conseguenza della designazione, la quale può essere fatta sia nel contratto di assicurazione, sia mediante successiva dichiarazione, sia per testamento.
Equivale a designazione di beneficiario l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una persona determinata.
L'assicurazione a favore del terzo beneficiario rientra nella figura più generale del contratto a favore di terzi.
La **designazione** può essere revocata anche quando il beneficiario abbia comunicato all'assicuratore per iscritto di voler profittare del beneficio.
La designazione del beneficiario diviene **irrevocabile**:

- Quando essendovi stata rinunzia scritta alla revocabilità da parte del contraente, il beneficiario ha dichiarato al contraente di voler profittare del beneficio e la rinunzia del contraente e la dichiarazione del beneficiario sono state comunicate per iscritto all'assicuratore
- Con la morte del contraente, essendo il potere di revoca un potere personalissimo non trasmissibile agli eredi
- Quando, essendosi verificato l'evento, il beneficiario abbia dichiarato di voler profittare del beneficio.

In queste ipotesi, la revoca che fosse successivamente disposta non ha addirittura effetto.

This document is available free of charge on studocu
Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

Anche quando la designazione del beneficiario sia irrevocabile, essa non ha effetto se il beneficiario attenti alla vita dell'assicurato e può essere revocata, ove la designazione sia stata fatta a titolo di liberalità, per ingratitudine o per sopravvenienza dei figli.

Anche quando la designazione del beneficiario è contenuta nel testamento, il beneficiario acquista il diritto iure proprio, non anche iure haereditario: egli pertanto conserva i benefici dell'assicurazione anche quando rinunci all'eredità.
Questo diritto egli acquista direttamente nei confronti dell'assicuratore e pertanto la somma assicurata in nessun momento può considerarsi entrata nel patrimonio dell'assicurato. I creditori dell'assicurato nessun diritto possono vantare sulle somme assicurate e gli eredi dell'assicurato non possono in alcun modo ricomprendere nell'asse ereditario la somma assicurata.
Data la funzione di previdenza alla quale risponde l'assicurazione sulla vita, la legge sottrae espressamente le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario alle azioni esecutive e cautelari dei creditori.

20 : RECESSO DEL CONTRATTO: RISCATTO E RIDUZIONE DELLA POLIZZA

Nelle assicurazioni sulla vita di durata pluriennale è consentito al contraente di recedere **ad nutum** dal contratto, dopo il primo anno, e come la legge desume la volontà di recedere dal mancato pagamento dei premi alle scadenze stabilite.
In relazione a questa possibilità di recesso ad nutum è posta la norma che prevede, per il caso di recesso , la possibilità di riscatto o di riduzione della polizza.
La legge tiene conto infatti che attraverso il pagamento dei premi il contraente ha adempiuto parzialmente la sua prestazione, mentre l'assicuratore, in conseguenza del recesso, viene ad esimersi dal compiere la sua.

5 : LA RIASSICURAZIONE

21 : COASSICURAZIONE E RIASSICURAZIONE; I TRATTATI DI RIASSICURAZIONE

Lo stesso assicuratore si trova normalmente nella necessità di riversare in tutto o in parte, i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività assicurativa su altro assicuratore. Ciò si attua attraverso la **coassicurazione**, nella quale più assicuratori assumono uno stesso rischio, ciascuno per una determinata quota ,sua attraverso la cessione di portafoglio, per effetto della quale viene ceduto ad altro assicuratore tutto un complesso di contratti di assicurazione, sia attraverso la riassicurazione.
Con la coassicurazione il rischio viene ripartito tra più assicuratori per quote determinate.
Il sistema vigente ne conosce due forme: quella dell'art 1911 c.c. secondo cui in tal caso ogni assicuratore è responsabile unicamente per la sua quota e di conseguenza l'eventuale incarico ad uno di essi di gestire l'intero rapporto nei confronti dell'assicurato (la c.d. delega) significa soltanto l'attribuzione di un potere di rappresentanza degli altri; e la coassicurazione comunitaria in cui cioè la ripartizione delle quote di rischio avviene tra imprese con sede in altro stato membro della comunità europea, che deve essere stipulata con un contratto unico e deve obbligatoriamente prevedere la nomina di un delegatario tenuto, salva la rivalsa nei confronti degli altri assicuratori, al pagamento dell'intera indennità assicurativa.

La riassicurazione è invece un contratto di assicurazione con il quale nei limiti stabiliti nel contratto stesso, l'assicuratore si copre il rischio assunto nei confronti dell'assicurato.
Può essere contratta in relazione a singoli rischi sulla base di contratti stipulati di volta in volta; normalmente però è contratta globalmente o per categorie di rischi sulla base di contratti normativi, i cc.dd. **contratti o trattati generali di riassicurazione**.
I trattati di riassicurazione possono essere diversamente conformati: possono prevedere l'obbligo dell'assicuratore di riassicurare tutti i rischi della categoria prevista nel contratto e l'obbligo del riassicuratore di coprire tutti i rischi nella misura stabilita; l'obbligo dell'assicuratore di assicurare tutti i rischi e la facoltà del riassicuratore di non accettare quelli che non siano di suo gradimento.

Nell'ipotesi di riassicurazione mediante trattati è necessario distinguere il trattato di riassicurazione dalla singola applicazione assicurativa. Il rapporto di riassicurazione è l'effetto delle singole applicazioni mentre i trattati hanno, salvo quelli obbligatori per entrambe le parti, valore di accordo normativo.
Il sorgere dei singoli rapporti di riassicurazione è subordinato a presupposti diversi a seconda che l'assicurazione, in base al trattato, sia obbligatoria o facoltativa per entrambe o una delle parti.

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)
www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

La legge si limita ad affermare la necessità della forma scritta ai fini della prova del trattato di riassicurazione, mentre sottrae le singole applicazioni e i contratti di riassicurazione per i singoli rischi alle esigenze di prova previste per l'assicurazione in genere.

22 : NATURA ED EFFETTI DELLA RIASSICURAZIONE

La riassicurazione rientra nella **categoria della assicurazioni danni**, in quanto mira a coprire l'assicuratore dalla diminuzione patrimoniale che deriva dall'obbligo del pagamento della somma assicurata, quando l'evento si verifichi.
Si tratta di una specie analoga anche se distinta, alla assicurazione della responsabilità civile; la diversità consiste infatti soltanto in ciò che nella riassicurazione il rischio dipende dal sopravvenire di una obbligazione contrattuale, nell'assicurazione della responsabilità civile il rischio dipende dal sopravvenire di una obbligazione di risarcimento danni (contrattuale o extracontrattuale).
La riassicurazione non crea rapporti tra l'assicurato e il riassicuratore, ma soltanto rapporti tra riassicurato e riassicuratore.
Il diritto del riassicurato nei confronti del riassicuratore si fionda sull'insorgere dell'obbligo del riassicurato di corrispondere l'indennità di assicurazione. È soltanto in quanto un obbligo dell'assicuratore sussista che sorge l'obbligo del riassicuratore.

Normalmente i rapporti tra riassicuratore e riassicurato vengono regolati mediante un **conto di gestione** nel quale vengono indicate le partite attive e passive e che viene per lo
più chiuso annualmente.

FAI DA PAG 819 A 834 SU LIBRO PER COMMISSIONE E SPEDIZIONE, CONTRATTO DI AGENZIA E MEDIAZIONE

This document is available free of charge on studocu

Scaricato da letizia battaglia (battaglia.2009971@studenti.uniroma1.it)

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari