

Circolare n. 9
Novembre / Dicembre 2004

**Segnalazioni in tema di novità legislative e
proposte/disegni di legge, giurisprudenziali, e di prassi
in materia di diritto fallimentare e societario**

a cura del

Dott. Pino Sorrentino

Ha collaborato il Dott. Davide Carelli

STUDIO TRIBERTI COLOMBO E ASSOCIATI
VIA CARDUCCI 32 - MILANO

CIRCOLARE N. 9/2004

1. GIURISPRUDENZA FALLIMENTARE

CASSAZIONE

1.1. Impresa assicuratrice posta in liquidazione coatta e richiesta di risarcimento danni

In materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore o dei natanti, la richiesta di risarcimento danni che gli aventi diritti devono inviare all'impresa cessionaria del patrimonio dell'impresa assicuratrice posta in liquidazione coatta amministrativa, prevista dall'art. 8 D.L. n. 576 del 1978, costituisce una condizione di proponibilità della domanda del tutto analoga a quella stabilita dall'art. 22 legge n. 990 del 1969, il cui difetto è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità con il solo limite della formazione del giudicato interno.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 11 novembre 2004, n. 21432)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.2. Fallimento delle imprese collettive artigiane

In tema di imprese artigiane, i criteri di individuazione delle società artigiane, dettati dalla legge 8 agosto 1985, n. 443, come modificata dalla legge 20 maggio 1997, n. 133, rilevano ai soli fini della spettanza delle provvidenze previste dalla legislazione regionale di sostegno e non assurgono a principi generali ai fini civilistici, idonei a sovrapporsi alla disciplina codicistica. Pertanto, la questione della assoggettabilità a fallimento delle imprese collettive artigiane deve essere risolta - anche al fine di evitare dubbi di legittimità costituzionale per disparità di trattamento rispetto alle imprese individuali - avendo esclusivo riguardo alla sussistenza, o meno, dei requisiti per l'identificazione della figura del piccolo imprenditore (escluso dal fallimento ai sensi dell'art 1, primo comma, l.f.) previsti dall'art. 2083 c.c. (Nell'enunciare tale principio, a correzione dell'interpretazione adotta dai giudici di merito, la Corte di cassazione ha però disatteso il ricorso, perchè, senza osservare il principio di autosufficienza, non

faceva alcun riferimento a circostanze decisive, utili al suo accoglimento, quali la prevalenza del lavoro dei soci rispetto agli altri fattori della produzione).

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 22 ottobre 2004, n. 20640)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.3. Vendita d'immobili e impugnazione del provvedimento di aggiudicazione del G.D.

Con riguardo alla vendita d'immobili nel fallimento, il provvedimento di aggiudicazione del giudice delegato è soggetto a reclamo al tribunale ai sensi dell'art. 26 l.f. e, pertanto, avverso lo stesso non è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 14 settembre 2004, n. 18533)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.4. Funzione dell'azione revocatoria ed interesse ad agire del curatore

In tema di revocatoria fallimentare, la legge in nessun caso richiede l'accertamento di un'effettiva incidenza dell'atto che ne è oggetto sulla par condicio creditorum, sicché è evidente che la funzione dell'azione revocatoria fallimentare è esclusivamente quella di ricondurre al concorso chi se ne sia sottratto, e ciò esclude anche che un'effettiva lesione della par condicio creditorum possa assumere rilevanza sotto il profilo dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c), essendo evidente che l'interesse del curatore ad agire ha natura procedimentale, in quanto inteso ad attuare il pari concorso dei creditori, e va accertato con riferimento al momento della proposizione della domanda, perchè si fonda sul già dichiarato stato d'insolvenza del debitore, non sui prevedibili esiti della procedura concorsuale, mentre potrebbe assumere rilevanza solo l'eventuale impossibilità di qualificare come "bene" la cosa oggetto dell'azione. (Nella fattispecie, relativa a donazione di azioni e quote di società di capitali dichiarata inefficace dal giudice di merito, la Suprema Corte, affermando il principio di cui alla massima, ha respinto il ricorso del donatario che deduceva il difetto di interesse del curatore, attesa la mancanza di valore dei cespiti donati).

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 1 settembre 2004, n. 17524)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.5. Natura del procedimento di verifica dello stato passivo

Nel sistema della legge fallimentare il procedimento di verifica dello stato passivo ha natura giurisdizionale e decisoria ed è strutturato sullo schema del processo di cognizione, sia pure con gli adattamenti imposti dal carattere sommario della cognizione e dalla attribuzione al giudice delegato di poteri inquisitori, il giudizio di opposizione costituendone l'eventuale sviluppo in sede contenziosa.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 30 settembre 2004, n. 19605)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.6. Credito relativo alla liquidazione della quota di una società cooperativa

Il socio di una società cooperativa diviene titolare del diritto alla quota di liquidazione e del relativo credito soltanto allorché si verifica una causa di scioglimento del rapporto sociale e, anteriormente, vanta esclusivamente una mera aspettativa legata all'eventualità che, all'atto del verificarsi di detta causa, il patrimonio della società abbia una consistenza tale da permettere l'attribuzione pro quota di valori proporzionali alla sua partecipazione; pertanto, il credito relativo alla quota di liquidazione vantato dal socio escluso a seguito della dichiarazione di fallimento nasce - o almeno diviene certo - esclusivamente per effetto della dichiarazione di fallimento e, conseguentemente, va esclusa la sussistenza dei presupposti necessari per ritenere detto credito compensabile, ex art. 56 l.f., con i contrapposti crediti vantati dalla società nei suoi confronti.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 12 ottobre 2004, n. 20169)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.7. Elementi attinenti alla conoscibilità dello stato d'insolvenza

In tema di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, secondo comma, l.f. l'elemento soggettivo - da provare - della conoscenza, da parte dell'accipiens, dello stato d'insolvenza in cui versava il tradens al momento dell'atto da revocare

è costituito dalla conoscenza effettiva di tale stato, ed in tale ambito deve svolgersi l'indagine del giudice di merito, sia pure utilizzando elementi che attengono alla mera conoscibilità, ma, in tal caso, attraverso il necessario collegamento costituito da circostanze concrete che consentano di affermare l'avvenuta percezione, da parte dell'accipiens, dei sintomi conoscibili dello stato d'insolvenza, e non già con il riferimento ad un comportamento omissivo colposo che abbia dato luogo a tale mancata percezione.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 28 agosto 2004, n. 17213)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.8. Curatore fallimentare nei giudizi tributari

L'incompatibilità del curatore fallimentare a prestare assistenza tecnica nei giudizi che riguardano il fallimento, stabilita dall'art. 31, terzo comma, legge fallimentare, deve intendersi riferita, per i giudizi tributari, non solo ai soggetti che rivestano la qualifica d'avvocato (o procuratore), ma anche agli appartenenti alle altre categorie professionali (dottore commercialista, ragioniere, perito commerciale etc.) abilitate, a norma dell'art. 12 D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, a prestare assistenza tecnica in quei giudizi. Il carattere eccezionale della norma posta dall'art. 31, terzo comma, legge fallimentare, che non contiene una espressa previsione al riguardo - mancanza spiegabile con l'anteriorità dell'entrata in vigore della legge fallimentare rispetto alla disciplina del contenzioso tributario, e non già con l'intento del legislatore di operare una distinzione illogica tra le prime e le seconde qualifiche, - se ne preclude l'interpretazione analogica, ne consente quella estensiva, la quale si limita a ricondurre sotto la norma interpretata quei casi che solo apparentemente sembrano esclusi, ma che, in base alla sua ratio, vi sono ricompresi. Ed in proposito è evidente che le cautele previste per assicurare la corretta amministrazione del curatore si impongono, nei giudizi tributari, sia nell'ipotesi che questi abbia la veste d'avvocato, sia in quella che presti l'assistenza tecnica del fallimento in base ad altra qualifica professionale.

(Cassazione civile, Sez. V, Sentenza, 13 settembre 2004, n. 18419)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.9. Giudizio fallimentare e costituzione del fondo patrimoniale

La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo stesso, affinché con i loro frutti sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità della proprietà dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli in tema di disponibilità. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori siano litisconsorzi necessari nel giudizio promosso dalla curatela fallimentare nei confronti dei coniugi, dichiarati falliti, per sentire dichiarare l'inefficacia ex art. 64 legge fallimentare dell'atto con cui essi avevano costituito alcuni beni di loro proprietà in fondo patrimoniale.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 8 settembre 2004, n. 18065)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.10. Mediazione. Conclusione dell'affare. Asta pubblica

In tema di mediazione, la trasformazione di una trattativa tra privati in una vicenda "latu sensu" pubblicistica, quale l'asta pubblica indetta dal commissario liquidatore di una società per la vendita all'incanto del bene immobile oggetto tra le parti di un rapporto di mediazione, spezza radicalmente quel nesso di causalità, materiale e giuridica, tra l'eventuale pregressa attività svolta dal mediatore e la successiva aggiudicazione del bene. Tale aggiudicazione, infatti, pur integrando gli estremi della "conclusione dell'affare" di cui all'art. 1755 del c.c., non può in alcun modo ritenersi eziologicamente connessa a qualsivoglia, precedente rapporto di privata intermediazione intercorso tra le parti (nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza della Corte di merito la quale aveva ritenuto che la vendita all'incanto di un immobile oggetto di una precedente privata attività di intermediazione fosse tale da spezzare ogni nesso causale con

l'opera prestata dal mediatore negando conseguentemente a quest'ultimo il diritto al compenso).

Cassazione civile, Sez. III, sentenza 4 novembre 2004, n. 21137

(Fonte: www.societa24.com - sito di informazione professionale)

1.11. Reati fallimentari - Responsabilità dell'accomandatario di società in amministrazione straordinaria per distrazione di beni personali

Sussiste la responsabilità per bancarotta fraudolenta in capo al socio accomandatario di una S.a.s. che abbia distratto propri beni personali dopo l'ammissione della società alla procedura di amministrazione straordinaria di cui alla abrogata L. n. 95/1979 (legge Prodi).

(Cassazione penale Sentenza 17 novembre 2004, n. 44588)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

TRIBUNALI

1.12. Interposizione fittizia ed eccezione della banca convenuta

Ricorre un'ipotesi di interposizione fittizia e quindi di simulazione qualora un'impresa ottenga l'erogazione di un finanziamento per il tramite di un terzo soggetto che abbia stipulato il relativo accordo con la banca erogatrice del finanziamento e costituisca il tramite dei reciproci versamenti che ne seguono. Ne consegue che il fallimento della reale destinataria del finanziamento non potrà pertanto agire nei confronti della banca con azione revocatoria ex artt. 64 o 67, secondo comma, l.f. avente ad oggetto l'atto con il quale il terzo ha rimborsato alla banca parte del finanziamento.

(Tribunale Mantova, Sentenza 2 novembre 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.13. Presupposti per l'esonero temporaneo dal collocamento obbligatorio

All'esonero temporaneo dal collocamento obbligatorio può beneficiare non qualsiasi impresa in generico stato di crisi, ma solo quella sottoposta ad amministrazione straordinaria o destinataria dell'intervento straordinario (e non meramente ordinario) della Cassa integrazione guadagni.

(Tribunale Messina, Sentenza 1 ottobre 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.14. Rimborso delle spese legali da parte del custode di beni fallimentari

Nel giudizio penale le spese di custodia ed il compenso al custode di beni fallimentari, rientrando tra le spese di lite, devono essere regolate in via definitiva secondo il principio della soccombenza o secondo il criterio dei giusti motivi ex artt. 91 e 92 c.p.c.

(Tribunale Sulmona, Sentenza 14 ottobre 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.15. Chiusura del concordato preventivo con cessione dei beni ed eccedenza al debitore

Nell'ipotesi di concordato preventivo pro solvendo, la decisione in ordine alla restituzione dell'eccedenza al debitore, spetta esclusivamente al tribunale fallimentare e non al giudice delegato, in sede di chiusura della procedura e può avvenire solo dopo che il liquidatore ha provveduto a depositare il rendiconto di gestione ex art. 116 l.f.

(Tribunale Sulmona, Sentenza 28 ottobre 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.16. Giudizio di opposizione allo stato passivo: ricorso inesistente in caso di assenza del difensore

Il giudizio di opposizione allo stato passivo è ritenuto un procedimento di cognizione piena, di natura contenziosa, sull'esistenza del credito, per cui la parte deve, a norma dell'art. 82, terzo comma, c.p.c., stare in giudizio con il ministero di un procuratore legalmente esercente, essendo la parte priva, in tale ulteriore fase, dello jus postulandi.

(Tribunale Sulmona, Sentenza 29 ottobre 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.17. Validità del decreto ingiuntivo emesso dal Giudice delegato

E' valido il decreto ingiuntivo emesso dal Giudice delegato ex art.150 l.f. su istanza del curatore, anche nel caso in cui questi non ha allegato all'istanza la prova scritta ivi indicata, purché essa sia già nella disponibilità della procedura fallimentare (nel caso di specie il curatore aveva chiesto l'emissione dell'ingiunzione facendo riferimento alle scritture contabili già presenti nel fascicolo fallimentare, senza produrle unitamente all'istanza rivolta ex art.150 l.f.)

(Tribunale Ivrea, Sentenza, 3 gennaio 2005)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.18. Pagamenti anticipati e stato d'insolvenza dell'acquirente

La pretesa del venditore di ottenere il pagamento anticipato delle forniture può costituire, in mancanza di segnali contrari, indizio della conoscenza da parte sua dello stato d'insolvenza dell'acquirente.

(Tribunale Bologna, Sentenza, 16 novembre 2004 in funzione di giudice unico)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

2. GIURISPRUDENZA SOCIETARIA

CORTE COSTITUZIONALE

2.1. Reati finanziari - Infondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 8, D.Lgs. n. 61/2002

La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 8, D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, nella parte in cui non prevede l'abrogazione dell'art. 136, D.Lgs. n. 385/1993 (TUB), il quale vieta a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca, di contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con la banca amministrata, diretta o controllata, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e con il voto favorevole di tutti i componenti l'organo di controllo, fermi gli obblighi di astensione previsti dalla

legge, punendo, altresì, l'inosservanza del divieto con le pene stabilite dall'art. 2624, comma 1, c.c.

(Corte cost. 26/11/2004, n. 364)

(Fonte: www.societa24.com - sito di informazione professionale)

2.2. Reati finanziari - Inammissibili le eccezioni di incostituzionalità in materia di insider trading

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 180, D.Lgs. n. 58/1998, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., nella parte in cui, nel definire l'"informazione privilegiata" come "un'informazione specifica di contenuto determinato, di cui il pubblico non dispone, concernente strumenti finanziari o emittenti di strumenti finanziari, che, se resa pubblica, sarebbe idonea ad influenzarne sensibilmente il prezzo" - "non contiene parametri sufficientemente determinati per stabilire quando l'influenza sul prezzo dei titoli determinata dalla condotta incriminata debba considerarsi "sensibile".

(Corte Costituzionale Sentenza 14/12/2004, n. 382)

(Fonte: www.societa24.com - sito di informazione professionale)

CASSAZIONE

2.3. Società di capitali – Controllo giudiziario

In tema di controllo giudiziario, in pendenza di un reclamo proposto alla Corte di Appello, non è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111 della Cost., limitatamente alla sola statuizione relativa alle spese, il decreto di rigetto del ricorso pronunciato dal Tribunale ai sensi dell'art. 2409 del c.c. Infatti, la statuizione relativa alle spese, pur avendo natura decisoria, perché costitutiva di un rapporto obbligatorio, è tuttavia priva del carattere della definitività, essendo parte integrante del provvedimento assoggettato ad un diverso mezzo di impugnazione: nel caso di specie, il reclamo alla Corte di Appello territorialmente competente ai sensi dell'art. 739 del c.p.c.

(Cassazione civile, Sez. I, sentenza 29 novembre 2004, n. 22489)

(Fonte: www.societa24.com - sito di informazione professionale)

2.4. Banche – Direttore di Filiale

Il potere del direttore di filiale di un istituto di credito di stare in giudizio nella qualità di rappresentante dell'ente, a lui conferito dallo statuto, ne implica la legittimazione a stare in giudizio in nome e per conto dello stesso senza bisogno di speciale procura.

(Cassazione civile, Sez. I, sentenza 18 novembre 2004, n. 2179)1

(Fonte: www.societa24.com - sito di informazione professionale)

2.5. Amministratori - Dies a quo per la proposizione dell'azione di responsabilità ex 2394 c.c.

L'azione di responsabilità verso i creditori sociali, contemplata dall'art. 2394 c.c., può essere proposta dal momento in cui l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti risulti da qualsiasi fatto, che possa essere conosciuto anche senza verifica diretta della contabilità della società, non richiedendosi a tale fine che essa risulti da un bilancio approvato dall'assemblea dei soci.

(Cassazione civile Sentenza 22/10/2004, n. 20637)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.6. Società di persone - La *contemplatio domini* nelle società di persone

Nelle società in nome collettivo in base al combinato disposto degli artt. 2293, 2266 c.c., la rappresentanza dell'ente spetta, disgiuntamente, a ciascun socio e - salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo - si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, in quanto la legge presume che la volontà dichiarata dal rappresentante nell'interesse della società corrisponda alla volontà sociale. A tal fine non è necessario che per manifestare il rapporto rappresentativo (*contemplatio domini*) il socio amministratore usi formule sacramentali, ma è sufficiente che dalla modalità e dalle circostanze in cui ha svolto l'attività negoziale e dalla struttura e dall'oggetto del negozio, i terzi possano riconoscerne l'inerzia all'impresa sociale, sì da poter presumere che l'attività è espletata nella qualità di socio amministratore. (Nella specie relativa

ad un contratto con il quale era stato pattuito il subentro nella locazione di un esercizio commerciale, la S.C. ha ritenuto che il comportamento della socia amministratrice fosse idoneo a portare a conoscenza della controparte il fatto che ella agiva in rappresentanza della società, in quanto colei era amministratrice unica della medesima, la s.n.c. era titolare del rapporto di locazione e l'oggetto del contratto ineriva all'impresa sociale).

(Cassazione civile Sentenza 12/11/2004, n. 21520)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.7. Società di capitali - Tutela dell'affidamento dei terzi nella fase di costituzione della società

Coloro i quali contraggono obbligazioni in nome di una costituenda società di capitali, assumono, in forza dell'art. 2331 c.c., responsabilità personale e diretta, la quale permane, salvo patto contrario, anche quando la società abbia conseguito la personalità giuridica e ratificato le operazioni compiute anteriormente in suo nome, atteso che la norma citata mira a tutelare l'affidamento dei terzi, i quali non conoscendo la consistenza patrimoniale dell'organismo sociale in via di costituzione, hanno negoziato fidando sulla solvibilità di coloro che hanno agito per il medesimo.

(Cassazione civile Sentenza 12/11/2004, n. 21520)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.8. Amministratori - Responsabilità degli amministratori verso terzi creditori estranei alla società

In tema di società di capitali, nei confronti dei terzi creditori estranei all'organizzazione sociale, tra amministratore e società opera, in generale il principio di immedesimazione organica, il quale comporta che la relativa obbligazione sorga direttamente in capo a quest'ultima, mentre una (cor)responsabilità a carico dell'amministratore in aggiunta o in alternativa a quella della società è configurabile, malgrado il rapporto di immedesimazione

organica, soltanto se introdotta in modo espresso da specifiche disposizioni di legge.

(Cassazione civile Sentenza 26/10/2004, n. 20771)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.9. Soci - Compatibilità della partecipazione maggioritaria con il rapporto di lavoro subordinato

In tema di rapporti di lavoro alle dipendenze di una società di capitali, come non sussiste alcuna incompatibilità di principio tra la qualità di componente (non unico) dell'organo di gestione e quella di lavoratore subordinato alle dipendenze della società, allo stesso modo non vi sono ostacoli alla configurabilità di un siffatto rapporto tra la società e il socio titolare della maggioranza del capitale sociale, neppure quando la percentuale del capitale detenuto corrisponda a quella minima prevista per la validità delle deliberazioni dell'assemblea, attesa la sostanziale estraneità dell'organo assembleare all'esercizio del potere gestorio e non essendo ragionevole considerare di per sé irrilevante, al fine di escludere il rapporto di subordinazione, la partecipazione diretta del lavoratore all'organo investito di un siffatto potere e ritenere invece ostativa la partecipazione indiretta e mediata alle scelte societarie attraverso il potere di nominare i soggetti che hanno il compito di effettuarle, ferma restando, comunque la non configurabilità di un rapporto di lavoro con la società quando il socio, a prescindere dalla percentuale di capitale posseduto e dalla formale investitura a componente dell'organo amministrativo) abbia di fatto assunto, nell'ambito della società, l'effettiva ed esclusiva titolarità dei poteri di gestione.

(Cassazione civile Sentenza 17/11/2004, n. 21759)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.10. Società di persone - Validità nei confronti del socio del titolo esecutivo fra creditore e società

La sentenza di condanna pronunciata in un processo tra il creditore della società ed una società di persone costituisce titolo esecutivo anche contro il socio

illimitatamente responsabile, in quanto dall'esistenza dell'obbligazione sociale deriva necessariamente la responsabilità del socio, salvo il beneficio della preventiva escussione del patrimonio sociale; ne consegue che, in caso di opposizione del socio contro cui sia stato azionato il credito, il giudice deve specificamente procedere all'accertamento della sua effettiva qualità. (Nella specie la S.C. ha cassato per difetto di motivazione la sentenza di merito che aveva ommesso di considerare i fatti allegati dal ricorrente per dimostrare di aver perduto la qualità di socio).

(Cassazione civile Sentenza 06/10/2004, n. 19946)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.11. Società di persone - Perdita della responsabilità limitata da parte del socio accomandante

Nella società in accomandita semplice l'art. 2320 c.c., il quale sanziona il comportamento del socio accomandante che compia affari in nome della società senza specifica procura con la perdita del beneficio della responsabilità limitata verso i terzi, non introduce deroghe alla disciplina generale della rappresentanza senza potere e, pertanto, se la società eccepisce l'inefficacia nei suoi confronti del negozio stipulato da quel falso procuratore, nessuna obbligazione sorge a suo carico, se il terzo non prova che la società medesima lo ha ratificato.

(Cassazione civile Sentenza 19/11/2004, n. 21891)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

CORTI DI APPELLO

2.12. Controllo giudiziario - Al vaglio della Consulta la nuova disciplina sui controlli nelle s.r.l.

La Corte d'Appello di Trieste, con riguardo alle disposizioni introdotte dalla riforma societaria in materia di procedura di controllo nelle s.r.l. solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 2409, commi 1 e 7, c.c., 2477, comma 4, c.c. e 2476, comma 3, c.c., per violazione dell'art. 76 Cost. La disciplina introdotta dal legislatore delegato, infatti, appare collocarsi al di fuori

dei principi espressi dalla legge delega per la riforma societaria, la quale, da un lato accentuava il carattere di autonomia privatistica della s.r.l., ma, dall'altro, ne conservava anche il rilievo non strettamente individuale nel quadro generale societario; inoltre, una così rilevante modificazione dei sistemi dei controlli, è in contrasto con le esigenze di salvaguardia dell'interesse generale espresse dal legislatore delegante del 2001, esigenze alla cui tutela l'art. 2409 c.c. è sempre risultato preordinato quale utile strumento ai fini di una corretta amministrazione della società.

(Corte d'appello Trieste, Ordinanza 05/11/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

TRIBUNALI

2.13. Intermediazione finanziaria - Adeguatezza dell'informativa sulla natura e sui rischi degli investimenti finanziari da parte della banca

Ai sensi degli artt. 21 D.Lgs. n. 58/1998, 29 Reg. Consob n. 11522/1998 e dei principi generali in tema di correttezza e diligenza (artt. 1175 e 1176 c.c.), gli intermediari finanziari, nell'ambito di un rapporto in cui è a questi imposto di tutelare l'interesse dei clienti, devono prestare i servizi di investimento con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato. Gli intermediari, pertanto, avrebbero dovuto valutare l'adeguatezza dell'operazione, a norma dell'art. 29 del regolamento citato, anche se i clienti non avevano fornito le informazioni di cui all'art. 28 Reg. Consob, dovendo, in tale ipotesi, tenere conto di tutte le informazioni in loro possesso

(Tribunale Mantova, Sentenza 12/11/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.14. Intermediazione finanziaria - Adeguatezza dell'informativa sulla natura e sui rischi degli investimenti finanziari da parte della banca

Ai sensi dell'art. 21, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza) e degli artt. 28 e 29 del Regolamento Consob n. 11522/98 le banche devono operare in modo che i clienti siano adeguatamente informati sulla natura, sui

rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio e devono astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. Sussiste conflitto di interessi rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 21 T.U.F. e dell'art. 27 del Regolamento Consob n. 11522/98 in mancanza di specifica informazione sulla situazione di conflitto di interessi. La violazione comporta la nullità dell'ordine ed il conseguente obbligo della banca di restituire la somma di denaro investita dal cliente con gli interessi dalla data del versamento.

(Tribunale Venezia, Sentenza 22/10/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.15. Procedimento societario - Termini ridotti per le opposizioni a decreto ingiuntivo soggette al rito societario

Nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo soggette al rito societario, di cui al D.Lgs. n. 5/2003, tutti i termini stabiliti per il rito ordinario sono ridotti alla metà e, quindi, anche quello previsto per la costituzione in giudizio dell'opponente. (Nella fattispecie, il Tribunale ha dichiarato estinto il giudizio, rilevando che l'opponente si era costituito tardivamente, avendo iscritto a ruolo la causa nei termini ordinari e non, invece, nei termini ridotti).

(Tribunale Siracusa, Sentenza 11/11/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.16. Arbitrato - Nuovo arbitrato societario ed impugnazione di deliberazione omologata

La clausola arbitrale contenuta nello statuto di una s.r.l. e conforme alle disposizioni contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. è nulla, se al momento del giudizio, nel quale sia eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario adito dall'attore, non è stata adeguata all'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003. Se la clausola compromissoria statutaria, conforme agli artt. 806 ss. c.p.c., non è stata adeguata alle disposizioni contenute nell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non può

essere automaticamente sostituita dal modello di clausola compromissoria previsto e regolato dal predetto art. 34 (I).

E' legittimato all'impugnazione per invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di una s.r.l. qualunque socio, indipendentemente dal valore della quota di capitale sociale posseduta, a condizione che non vi abbia consentito. La prova della legittimazione del socio all'impugnazione delle deliberazioni assembleari di una s.r.l. può essere data con qualunque mezzo (II).

(Tribunale Latina, Sentenza 22/06/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.17. Società a responsabilità limitata - Responsabilità del socio quasi totalitario di s.r.l.

Il socio che detiene una partecipazione quasi totalitaria in una s.r.l. è soggetto alla responsabilità solidale e limitata di cui all'art. 2462, comma 1, c.c., (art. 2472, comma 1, c.c. prev.), e non a quella personale di cui all'art. 2462, comma 2, c.c., (art. 2497, comma 2, c.c. prev.), che presuppone l'appartenenza totalitaria di tutte le quote.

(Tribunale Roma, Sentenza 08/06/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.18. Responsabilità delle società - Responsabilità degli enti e prosecuzione dell'attività da parte di un commissario giudiziale

A norma dell'art. 9, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 231/2001, si applica, quale misura cautelare, agli enti l'interdizione dall'esercizio dell'attività per la durata di un anno, ove sussistano gravi, consistenti e attuali esigenze cautelari di commissione di reati di corruzione e truffa aggravata nei confronti della P.A. In particolare, nella fattispecie in oggetto, in luogo dell'applicazione della suddetta sanzione interdittiva, viene disposta, ai sensi dell'art. 15, D.Lgs. n. 231/2001, la prosecuzione dell'attività degli enti da parte di un commissario giudiziale per un periodo di un anno, in considerazione della necessità di evitare l'interruzione di un pubblico servizio.

(Tribunale Milano, Ordinanza 20/09/2004, n. 30382-03)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.19. Arbitrato - Adeguamento degli statuti sociali e clausola compromissoria

Le norme richiamate dal comma 2 dell'art. 41 D.Lgs. n. 5/2003 (oltre all'art. 223 bis, anche l'art. 223 duodecies disp. att. c.c.) possono trovare applicazione solamente con riguardo alle società di capitali ed alle società cooperative, ma non anche alle società di persone, del tutto estranee alla disciplina del D.Lgs. n. 6/2003 (I).

(Tribunale Udine, Ordinanza 4/11/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.20. Deliberazioni assembleari - Sospensione di delibera assembleare e provvedimenti inaudita altera parte

A norma delle nuove disposizioni in materia di procedimento societario, nei ricorsi in materia di sospensione delle deliberazioni assembleari di cui all'art. 2378 c.c., il presidente del Tribunale può designare un magistrato per la trattazione della fase cautelare, ivi compresa quella inerente i provvedimenti d'urgenza invocati dal ricorrente inaudita altera parte delegando a questo giudice anche il potere previsto dall'art. 2378, comma 3, c.c.

(Tribunale Rimini, Ordinanza 27/10/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.21. Procedimento societario - Ancora dubbi di costituzionalità sul nuovo rito societario

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, D.Lgs. n. 5/2003, in relazione agli artt. 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost., nella parte in cui non prevede l'obbligo della notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta agli altri convenuti, i quali vengono pertanto privati della possibilità di conoscere le difese da lui svolte, di replicarvi e di dedurre eventuali mezzi istruttori con conseguente lesione del diritto al pieno contraddittorio,

lesione che risulta ancora più evidente allorquando i convenuti si trovino in posizione antitetica e configgente tra di loro.

(Tribunale Torino, Ordinanza 01/10/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

3. NOVITA' LEGISLATIVE E PROPOSTE E DISEGNI DI LEGGE

3.1. Disposizioni per le imprese in stato d'insolvenza

E' stato pubblicato in G.U. il decreto legge che modifica la legge n. 39/2004 sulle grandi imprese in stato d'insolvenza.

Il nuovo provvedimento prevede l'ampliamento dei presupposti per l'ammissione alla procedura di ristrutturazione industriale e finanziaria delle grandi imprese in crisi che abbiano un numero di dipendenti non inferiori a cinquecento da almeno un anno e debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro.

(Decreto Legge 29 novembre 2004, n. 281)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

3.2. La riforma della Legge Fallimentare ed il maxi-emendamento del Governo

Il maxi emendamento approvato a fine dicembre dal Consiglio dei Ministri al testo Caruso in discussione presso la Commissione Giustizia del Senato, propone una riforma della legge fallimentare che, pur frammentaria, introduce per la prima volta una procedura di crisi, che conserva il vecchio nome di concordato preventivo, ma che pare idonea a consentire accordi di ogni tipo con i creditori, anche divisi in classi, con la possibilità di conservazione dell'impresa.

Anche la disciplina dell'azione revocatoria fallimentare è fortemente ridimensionata, in accoglienza delle critiche della vecchia giurisprudenza più volte formulate dal sistema bancario.

In linea generale, la scelta del Governo sembra comportare l'accantonamento di un progetto di intervento a tutto campo, con una disciplina dettagliata anche delle

procedure di allerta, per puntare alla revisione della sola procedura di liquidazione; il tutto secondo una “filosofia” di fondo che intende considerare il fallimento come un momento critico nella vita di un’impresa che, di per sé stesso, non deve provocare automaticamente la cessazione dell’attività.

Nel seguito si fa sinteticamente cenno alle principali novità previste nel maxi-emendamento del Governo.

Revocatoria

Vengono precisati i presupposti per l’esercizio dell’azione, dimezzato il periodo sospetto (da due anni a un anno per gli atti anomali e da un anno a sei mesi per quelli normali) ed accorciato il termine di decadenza, che passa a 5 anni, oltre ai quali non è più possibile proporre l’azione. È inoltre elencata nel dettaglio una serie di atti che in ogni caso deve essere considerata esente: tra questi trovano posto i pagamenti di beni e servizi effettuati nell’esercizio della normale attività d’impresa, le vendite di prima casa, le rimesse su conto corrente a patto che non abbiano ridotto in maniera consistente l’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca, gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitori in attuazione del piano di concordato preventivo.

Concordato Preventivo

Il concordato diventa lo strumento per risolvere la crisi d’impresa attraverso accordi stragiudiziali che abbiano per oggetto il risanamento dell’impresa. L’imprenditore può proporre ai debitori un piano che preveda la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti anche attraverso l’attribuzione ai creditori e a società partecipate da questi di azioni, quote o titoli di debito. Nel piano può poi anche essere prevista una suddivisione dei creditori in classi destinatarie di trattamenti differenziati. All’autorità giudiziaria spetta un controllo di legalità sul possesso dei requisiti del piano e della documentazione presentata dall’imprenditore, ma anche sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi.

Amministrazione controllata

Il maxi-emendamento stabilisce l'abrogazione della procedura di amministrazione controllata sulla base della convinzione che considera la moratoria biennale, attualmente prevista, come una semplice anticamera dell'accertamento dell'insolvenza che impedisce, tra l'altro, la proposta di azioni tempestive di risanamento. Questa scelta rappresenta anche la conseguenza del maggior peso acquistato dal concordato preventivo come strumento privilegiato per le possibilità di ristrutturazione dell'impresa.

Diritto societario

L'intervento del ministero della Giustizia si occupa anche di coordinare le modifiche in corso d'opera sul diritto fallimentare con le novità già entrate in vigore da un anno per le società di capitali. In particolare vengono disciplinate le procedure concorsuali nel caso di patrimoni destinati a uno specifico affare: spetterà al curatore procedere a una gestione separata quando l'ammontare del patrimonio non sia tale da impedire già a monte il soddisfacimento dei creditori.

Processo

Viene applicato il nuovo rito societario al diritto fallimentare con l'obiettivo di ottenere una procedura più snella che permetta alle parti di definire in tempi ragionevoli il procedimento e al giudice di riappropriarsi del ruolo di autorità giudicante sulle questioni controverse, limitando il suo ruolo di gestore amministrativo della procedura. In questa direzione vanno anche i divieti di commistione tra funzioni di giudizio e di gestione che prevedono, tra l'altro, l'impedimento per il giudice delegato di comporre i collegi sui reclami e le impugnazioni dei suoi atti.

Tribunale

Sono introdotte nuove regole per l'individuazione della competenza territoriale del tribunale fallimentare e delle conseguenze dell'eventuale incompetenza in maniera da porre rimedio alle incertezze attuali che provocano ritardi nella definizione della procedura.

Curatore

Il curatore fallimentare non deve più essere necessariamente una persona fisica, ma si può identificare in uno studio professionale associato o in una società tra professionisti: vengono inoltre rivisti i suoi compiti sulla base di un maggiore peso dei rapporti con il comitato dei creditori, valorizzato nelle scelte sulla complessiva gestione della procedura.

Esclusi dal fallimento

Viene rivista la nozione di piccolo imprenditore non assoggettabile a procedura concorsuale: sono considerati tali coloro che hanno investito non più di 100.000 euro di capitale nel corso degli ultimi 5 anni. Per quanto riguarda le società, dopo la cancellazione è prevista la possibilità di sottoposizione a procedura concorsuale quando sia trascorso più di un anno (in precedenza erano due). Per evitare gli effetti dilatori dell'attuale disciplina è poi stabilito che, quando l'attivo sia insufficiente, il curatore sia esonerato da successivi adempimenti.

Esdebitazione

Il debitore può essere ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori rimasti insoddisfatti quando ha tenuto un comportamento corretto durante la procedura: per il ministero della Giustizia si tratta di un meccanismo che dovrebbe permettere di non disperdere possibili iniziative economiche assunte da imprenditori che stanno pagando l'esito di operazioni sbagliate. E' comunque prevista la possibilità di un ricorso alla Corte d'appello da parte del pubblico ministero, del curatore e dei creditori rimasti insoddisfatti. Sparisce poi l'obbligo di residenza del fallito, che potrà fornire chiarimenti anche tramite mandatario, e il vincolo di consegna del curatore della totalità della corrispondenza (andrà consegnato solo quella relativa ai rapporti compresi nel fallimento).

(MAXI-EMENDAMENTO al testo proposto dal Comitato ristretto Atto Senato n. 1243 - Modifiche urgenti al Regio Decreto 16 Marzo 1942, n. 267 recante disciplina del Fallimento, Atto 23/12/2004)

(Fonte: Il Sole 24 ore, 24 dicembre 2004)

3.3. Riforma delle società - Gli ultimi ritocchi alla nuova disciplina societaria

E' stato pubblicato nella G.U. 30 dicembre 2004, n. 305 il DLgs. n. 310/2004 che reca ulteriori modifiche ed integrazioni alle norme societarie contenute nel codice civile ed alla nuova disciplina processuale, nonché al testo unico in materia bancaria e creditizia. Nell'ottica di contenere al minimo le modificazioni, la Commissione Vietti (che, conclusa questa revisione, si scioglie a norma di delega) ha provveduto ad interventi di natura per lo più formale, ad eccezione di alcune modifiche dirette a supplire a difetti di coordinamento dell'attuale impianto normativo.

(D.Lgs. 28/12/2004, n. 310)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

3.4. IAS - Approvato il decreto sull'applicazione degli IAS

Il Consiglio dei Ministri ha approvato lo scorso 26 novembre uno schema di decreto legislativo per l'applicazione dei principi contabili internazionali, sanciti dalla Comunità europea, alle società che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati, alle società con strumenti finanziari diffusi presso il pubblico, alle banche e agli intermediari finanziari vigilati, alle società assicurative; sul provvedimento si attende il prescritto parere delle Commissioni parlamentari competenti.

(Schema di decreto legislativo relativo all'applicazione dei principi contabili internazionali approvato dal Consiglio dei Ministri il 26/11/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

3.5. IAS - In G.U.U.E. il regolamento sullo IAS 39

E' stato pubblicato in G.U.U.E. il regolamento di adozione dello IAS 39 relativo alla rilevazione e valutazione degli strumenti finanziari, ad eccezione delle disposizioni relative all'opzione di contabilizzare al fair value tutte le attività e le passività finanziarie e alla contabilizzazione delle operazioni di copertura, riferite

peraltro a questioni completamente autonome, distinte e separate dal resto del principio contabile.

I due paragrafi rimangono in sospeso viste le preoccupazioni espresse dalla Banca Centrale europea, e dalle autorità di vigilanza e di regolamentazione dei valori mobiliari poiché temono che l'opzione di contabilizzazione al fair value possa essere utilizzata in modo inappropriato, soprattutto nel caso della passività propria di una società.

Il regolamento entra in vigore il 29 dicembre 2004, e si applica al più tardi a decorrere dal 10 gennaio 2005.

(Regolamento UE 19/11/2004, n. 2086/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

3.6. Market abuse - Recepita dalla comunitaria 2004 la direttiva sugli abusi di mercato

E' stato approvato, con modifiche, dalla Camera e trasmesso al Senato il disegno di legge per la Comunitaria 2004. Per quanto di interesse societario, accanto allo stralcio dell'art. 9 con il quale venivano individuati i criteri di delega per il recepimento della direttiva sul prospetto unico, si segnala il recepimento della direttiva sull'abuso di informazioni privilegiate e sulle manipolazioni del mercato. Il nuovo art. 8 non contiene deleghe al Governo, ma una serie di norme applicabili direttamente che prevedono fra l'altro l'ampliamento dell'organico della Consob (cui vengono conferiti anche poteri inquisitori, investigativi e di sanzione diretta), il doppio binario fra responsabilità penale ed amministrativa, estesa anche alle società, l'inasprimento delle sanzioni per abusi di informazioni privilegiate, una serie di modifiche ed integrazioni al TUF su comunicazioni al pubblico, organizzazione del mercato, segreto d'ufficio. Restano fuori dall'applicazione della normativa le operazioni di buy back relative ad azioni proprie da parte delle emittenti e di riacquisto di strumenti finanziari da parte di società collegate o controllate, diversamente da quanto disposto dalla direttiva comunitaria.

(Disegno di legge 02/12/2004, n. C. 5179 bis)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

3.7. Disposizioni sul regime di Aiuto di Stato per le imprese soggette ad amministrazione straordinaria

Relativamente alle imprese soggette ad amministrazione straordinaria, per l'Europa il regime di aiuti volto a sostenerne i livelli occupazionali è aiuto di Stato: bocciate le misure di cui al DL 23/2003 anche se si tratta di aziende con più di 1000 addetti.

(Decisione Unione europea 30 marzo 2004, G.U. 27/11/2004, n. 352/L/10)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

4. PRASSI

4.1. Trattamento, ai fini Iva, dei marchi d'impresa trasferiti nell'ambito di una cessione d'azienda

L'Associazione Dottori Commercialisti di Milano ha precisato il trattamento tributario dei marchi di impresa trasferiti in sede di cessione di azienda. In tale ipotesi, l'intero corrispettivo percepito per la cessione dell'azienda (o di un suo ramo) quale "universalità di beni" è soggetto all'imposta di registro. Ne consegue che non deve procedersi ad una distinta tassazione, ai fini IVA, del solo valore del marchio.

(Associazione Dottori Commercialisti di Milano - Norma di comportamento n. 158)

(Fonte: www.societa24.com - sito di informazione professionale)

4.2. Scissione - Elusività delle operazioni di scissione/fusione con cessione del contratto di locazione finanziaria

In difetto di esauriente giustificazione, supportata da idonea dimostrazione, in ordine alla sussistenza di valide ragioni economiche che sorreggono la scelta di un programma di ristrutturazione aziendale che si presenta anomalo ed artificioso, un'operazione di scissione parziale e proporzionale - nella quale tra le attività assegnate alla beneficiaria sia compreso un contratto di leasing

immobiliare - seguita da successiva fusione per incorporazione della società beneficiaria da parte della originaria controllante della società scissa, deve ritenersi elusiva in quanto preordinata ad aggirare la disciplina dell'art. 88, comma 5, TUIR, concernente la cessione del contratto di locazione finanziaria.

(Parere Comitato consultivo antielusione 11/11/2004, n. 27)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

4.3. Fusione - Nessuna elusione se le società che si fondono mantengono risultati reddituali positivi

Un'operazione di fusione societaria con costituzione di una nuova società, che recepisca in neutralità fiscale tutti gli elementi attivi e passivi dei patrimoni delle due società preesistenti e prosegua l'attività imprenditoriale già svolta da queste due, in assenza di perdite fiscali nelle due società che si fondono ed anzi in costanza di risultati reddituali positivi da parte di esse, se non risulta preordinata al trasferimento a terzi delle partecipazioni sociali o al compimento di altri atti o negozi che possano concretizzare, complessivamente, un disegno elusivo, appare sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie.

(Parere Comitato consultivo antielusione 12/11/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

4.4. Conciliazione - La proposta della Commissione UE sulla conciliazione in materia civile e commerciale

La Commissione europea ha di recente diffuso una proposta di direttiva che, in linea con la decisione assunta durante il Consiglio europeo di Tampere di istituire procedure extragiudiziali e alternative, disciplina alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale in quanto strumento utile a fornire una risoluzione delle controversie veloce ed efficiente dal punto di vista dei costi e a ridurre la pressione sul sistema giudiziario. Tale proposta considera la relazione tra la mediazione ed i procedimenti giudiziari, istituendo una normativa minima comune nella Comunità relativamente ad aspetti fondamentali della procedura

civile e fornendo ai tribunali degli Stati membri strumenti efficaci per promuovere attivamente l'utilizzo della mediazione, senza tuttavia renderla obbligatoria o soggetta a sanzioni specifiche.

(Proposta di direttiva Commissione CE 22/10/2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)