

Circolare n. 5 – Giugno 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. 5/2004

1. GIURISPRUDENZA FALLIMENTARE

CASSAZIONE

1.1. Il commissario giudiziale e il liquidatore nel concordato preventivo con cessione di beni

In tema di procedure concorsuali ed in ipotesi di impresa sottoposta a concordato preventivo con cessione di beni, l'originario ed immutato art. 3, terzo comma, legge 23 luglio 1991, n. 223, attribuisce tanto al commissario giudiziale, quanto al liquidatore, secondo che la necessità sorga prima o dopo l'omologazione, un eccezionale potere di gestione dell'impresa e, quindi, il potere di valutare in prospettiva la possibilità di continuare l'attività imprenditoriale (anche tramite la cessione dell'azienda) e, in caso negativo, di decidere di collocare in mobilità il personale dipendente, con esonero in entrambi i casi dall'obbligo di pagare il relativo contributo. Rispetto a tale disciplina, l'art. 7 del D.L. 20 maggio 1993, n. 148, ha soltanto eliminato l'originaria discrepanza dell'art. 3, primo comma, legge n. 223 del 1991, che attribuiva al liquidatore, in caso di concordato omologato, e non anche al commissario giudiziale, in caso di concordato non ancora omologato, la facoltà di chiedere il trattamento di integrazione salariale in caso di prognosi favorevole sulla possibilità di continuare l'attività imprenditoriale.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 12 maggio 2004, n. 8960)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.2. Conseguenze della decadenza dal potere di insinuazione tardiva

La decadenza dal potere di insinuazione tardiva nello stato passivo del fallimento, per abbandono dell'istanza, da parte di un creditore, ai sensi dell'art. 98, terzo comma, l.f., applicabile anche alla domanda tardiva, ne preclude la riproposizione ai sensi dell'art. 101 l.f., senza che – a sua giustificazione – rilevi una ipotetica causa di nullità che il giudice della prima istanza avrebbe potuto o dovuto rilevare.

(Nella specie, la Cassazione ha affermato che la nullità della prima istanza, per il difetto di procura dovuta al fatto che il mandato e la sua autentica, non sarebbero avvenuti nel territorio dello Stato, non poteva essere rilevato dal giudice innanzi al quale era stata proposta la seconda istanza).

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 28 aprile 2004, n. 8095)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.3. Comunione legale sui beni dei coniugi dopo la chiusura della procedura

In regime di comunione legale tra i coniugi, il fallimento di uno di essi determina la comunione *de residuo* sui beni destinati *post nuptias* all'esercizio dell'impresa solo rispetto ai beni residui a seguito della chiusura della procedura.

(Cassazione Civile, Sez. I, Sentenza, 14 aprile 2004, n. 7060)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.4. Scelta del curatore tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto

Con riguardo al contratto preliminare di compravendita, in caso di fallimento del promittente venditore, la scelta del curatore fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto è espressione di un potere discrezionale ed avviene attraverso un atto che, non essendo straordinaria amministrazione, può essere compiuto senza alcuna specifica autorizzazione del giudice delegato. In particolare, detta scelta, nell'ipotesi in cui s'indirizzi per lo scioglimento del contratto, è finalizzata alla conservazione del bene oggetto del contratto all'attivo fallimentare (conseguendone l'insinuazione al passivo dell'eventuale credito del compratore che abbia anticipato la sua prestazione)

(Cassazione Civile, Sez. I, Sentenza, 14 aprile 2004, n. 7070)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.5. Decorrenza del termine per la notificazione ex art. 19 l.f.

In tema di notificazioni, il primo comma dell'art. 326 c.p.c. va interpretato nel senso che pur in mancanza di una espressa previsione al riguardo (contenuta invece, nel codice di rito abrogato) i termini di cui al precedente art. 325 decorrono dalla notificazione della sentenza tanto per il soggetto cui la notificazione sia diretta, quanto per il notificante (attesa la comunanza a entrambi

le parti del termine stesso) senza che tale generale *regula iuris* soffra eccezioni in caso di notificazioni ex art. 19 legge fallimentare.

(Cassazione Civile, Sez. I, Sentenza, 14 aprile 2004, n. 7064)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.6. Liquidazione dei diritti ed onorari del difensore nel giudizio di opposizione al fallimento

Ai fini della liquidazione dei diritti di procuratore e degli onorari spettanti al difensore per la rappresentanza e la difesa della parte del giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, il valore della causa – da determinarsi in base alla domanda (art. 10 c.p.c.) – non va ragguagliato (né all’attivo inventariato né) all’entità del passivo accertato (non essendo al riguardo applicabile in via analogica l’art. 17, prima parte, c.p.c.), ma deve considerarsi indeterminabile, atteso che oggetto della pronuncia richiesta è la revoca del fallimento in relazione alla sussistenza dei suoi presupposti e che, in particolare, l’insolvenza non si ragguaglia alla massa passiva fallimentare, né comporta giudizi quantitativi, ma risulta, piuttosto, da una comparazione tra i debiti dell’imprenditore ed i mezzi finanziari a sua disposizione, ai fini della valutazione della possibilità di fronteggiare le passività con mezzi ordinari, mentre non rilevano le dimensioni del dissesto.

(Cassazione Civile, Sez. I, Sentenza, 2 aprile 2004, n. 6508)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.7. Presupposti per l’ammissione del concordato preventivo

Le condizioni di ammissibilità e di convenienza del concordato preventivo devono essere accertate con riferimento alla situazione esistente al momento dell’omologazione, la quale, quindi, deve essere negata ove il giudice accerti che tali condizioni, quand’anche inizialmente esistenti, siano successivamente venute a mancare; il calcolo dell’onere concordatario, pertanto, deve essere effettuato al momento dell’omologazione tenendo conto anche degli interessi il cui corso non è sospeso per effetto della procedura di concordato preventivo e, più in generale, ogni valutazione deve prendere in considerazione le nuove circostanze che

possono incidere sulla consistenza dell'attivo e del passivo e, quindi, sulla possibilità che il debitore possa soddisfare l'onere concordatario.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 19 marzo 2004, n. 5562)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.8. Effetto devolutivo dell'appello nel procedimento fallimentare

Non subisce deroghe, in seno alle procedure fallimentari, il principio secondo cui l'ambito del giudizio di appello, e la conseguente cristallizzazione del thema decidendum su cui il giudice di secondo grado è chiamato a pronunciarsi, è determinato dalle questioni effettivamente devolutesi con gli specifici motivi di impugnazione, oltre che da quelle rilevabili di ufficio che, delle stesse, costituiscano l'antecedente logico e in ordine alle quali non sia intervenuta pronuncia in prime cure.

(Cassazione civile, Sez. I, Sentenza, 24 aprile 2003, n. 8093)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.9. Dichiarazione del fallimento in estensione e socio occulto receduto

Ai fini della dichiarazione del fallimento in estensione, il principio di certezza delle situazioni giuridiche impone che la decorrenza del termine annuale per il socio occulto receduto non possa farsi risalire alla data del suo recesso, ma piuttosto a quella in cui lo scioglimento del rapporto sia stato portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Non vi è, infatti, una impossibilità oggettiva a che questo si verifichi, ben potendo astrattamente la circostanza essere comunicata in via epistolare ai creditori risultanti dalla documentazione della società o comunque essere fornita prova della relativa conoscenza. Il fatto poi che, in assenza di tale prova, possa essere dichiarato il fallimento in estensione indipendentemente dalla data in cui è intervenuto il recesso (e, quindi, ipoteticamente anche se effettuato da più di un anno), a causa del mancato inizio della decorrenza del termine, stante l'omessa pubblicizzazione dello scioglimento del vincolo sociale, rappresenta dato del tutto irrilevante poiché, essendosi il socio occulto per sua stessa scelta sottratto alla disciplina approntata dal legislatore per le società ed i soci regolari, appare ragionevole che egli possa non beneficiare dei limiti temporali alla sua responsabilità illimitata. Una volta,

invece, comunicato l'evento, non vi sarebbe motivo per mantenere una diversità di disciplina in situazioni divenute tra loro omogenee.

(Cassazione civile, Sez. I, sentenza 28 maggio 2004, n. 10268)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

1.10. Ripartizione parziali dell'attivo

Il creditore non ammesso al passivo, pur potendo come ogni altro interessato presentare osservazioni al piano di riparto e potendo giovare dell'accantonamento generico e di quegli altri che il giudice delegato può disporre prudenzialmente proprio, ed anche, in relazione all'esito favorevole del giudizio di opposizione allo stato passivo che egli valuti in tal senso sulla base di elementi di probabilità, non ha tuttavia diritto ad un accantonamento specifico. Né è consentita, per il carattere tassativo delle sue previsioni, un'applicazione della norma dell'art. 113 della legge fallimentare che, in via analogica, estenda la previsione di accantonamento ai crediti non ammessi. Tale risultato interpretativo non contrasta con gli articoli 3 e 24 della Costituzione, stante la sostanziale diversità di situazione giuridica in cui vengono a trovarsi, nel procedimento fallimentare, i creditori non ammessi rispetto a quegli altri creditori considerati dalle specifiche previsioni (in particolare, ai nn. 2 e 3) dell'art. 113 della legge fallimentare.

(Cassazione civile, Sez. I, sentenza 24 maggio 2004, n. 9901)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

1.11. Chiusura della procedura e casi di riapertura del fallimento

Al decreto di rigetto dell'istanza di riapertura del fallimento (art. 121 L.F.) può essere negata la natura decisoria ed il carattere della definitività soltanto allorché il provvedimento sia emesso sulla base dell'accertamento negativo dei presupposti di legge che il Tribunale e, sul reclamo, la Corte di Appello abbiano compiuto attraverso una valutazione negativa degli elementi di fatto che la norma stessa indica: l'esistenza, nel patrimonio del fallito, di attività in misura tale da rendere utile la riapertura del fallimento; l'offerta che il fallito faccia della garanzia di pagare almeno il dieci per cento ai creditori vecchi e nuovi. Sono questi elementi e situazioni suscettibili non soltanto di mutare nel tempo, anche

in presenza di fatti nuovi, richiedenti diversi accertamenti di fatto, ma anche di essere più di una volta, in successione di tempo, riproposti al tribunale in termini diversi, tali da comportare un diverso apprezzamento di merito circa l'utilità della riapertura. Ne consegue che al decreto di rigetto, emesso in base all'accertamento negativo dei richiamati elementi di fatto, non può riconoscersi carattere di definitività

(Nel caso di specie, la Suprema Corte, pur rigettando il ricorso perché privo di fondamento giuridico, ha ritenuto ammissibile l'impugnazione ex art. 111 della Cost. in quanto il decreto impugnato prescindeva del tutto dall'accertamento in punto di fatto e dalla valutazione degli elementi suddetti, riguardando invece il diritto soggettivo del debitore fallito a richiedere al riapertura del fallimento).

(Cassazione civile, Sez. I, sentenza 25 maggio 2004, n. 10119)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

1.12. Bancarotta fraudolenta per distrazione e concorso nel reato da parte di soggetto estraneo

Ricevere regalie per somme non indifferenti dall'imprenditore o dall'amministratore di una società, qualora intervenga il fallimento dell'imprenditore o della società, realizza concorso del soggetto estraneo nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione posto in essere da quello qualificato, nell'ambito del quale reato la sussistenza dell'elemento soggettivo - postulato sotto il profilo del dolo generico e consistente nella volontarietà della ricezione con la consapevolezza che la stessa è suscettibile di recare danno ai creditori - non può essere posta in dubbio nell'ipotesi in cui il percipiente sia a conoscenza dello stato di decozione della società.

(Cassazione penale, Sez. V, sentenza 20 maggio 2004, n. 23675)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

1.13. Bancarotta fraudolenta per distrazione - Configurabilità del reato

I: Ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, non occorre che tra le plurime ed alternative condotte indicate nell'art. 216, comma 1, n. 1, del Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 267, e la sentenza dichiarativa di fallimento intercorra un "nesso di causalità"; ciò che rileva,

invece, è il fatto che tali ipotesi si realizzino attraverso comportamenti concludenti, consapevoli ed idonei a determinare un depauperamento del patrimonio sociale e, quindi, ad incidere con effetti pregiudizievoli sui creditori: ne deriva che tali fatti distrattivi sono perseguibili a titolo di bancarotta, una volta intervenuta la sentenza di fallimento, in qualsiasi momento siano stati commessi, indipendentemente da qualsiasi collegamento con il fallimento e senza che la loro punibilità sia subordinata alla condizione che siano stati causa o concausa del dissesto e, quindi, della conseguente dichiarazione di fallimento. D'altra parte, tutte le ipotesi alternative di bancarotta fraudolenta previste nell'art. 216, comma 1, n. 1, del Regio Decreto, 16 marzo 1942, n. 267, si realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio, che ha effetti pregiudizievoli per i creditori. Per nessuna di tali ipotesi criminose la legge richiede un nesso causale tra la condotta dell'autore ed il dissesto dell'impresa, sicché né la previsione dell'insolvenza come effetto necessario, possibile o probabile, dell'atto dispositivo, né la percezione della sua stessa preesistenza nel momento del compimento dell'atto, possono essere condizioni essenziali ai fini dell'antigiuridicità penale della condotta.

II. Ove sia provato che l'imprenditore abbia avuto a disposizione determinati beni, se non ha saputo rendere conto del loro mancato reperimento o giustificare la destinazione per le effettive necessità dell'impresa, si deve dedurre che li ha dolosamente distratti, perché il fallito ha l'obbligo giuridico di fornire la dimostrazione della destinazione data ai beni acquisiti al suo patrimonio, con la conseguenza che dalla mancata dimostrazione può essere legittimamente desunta la prova della distrazione o dell'occultamento.

(Cassazione penale, Sez. V, sentenza 8 giugno 2004 n. 25499)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

1.14. Prova penale – prova documentale – Relazione del curatore fallimentare – Dichiarazioni rese dal fallito al curatore

I. La relazione del curatore fallimentare diretta al giudice delegato non costituisce di per sé notizia di reato, ma documento a norma dell'art. 234 c.p.p., ed in quanto

tale può essere acquisita ed utilizzata come prova nel processo penale per i delitti di bancarotta.

II. In tema di dichiarazioni autoindizianti, non è applicabile alle dichiarazioni rilasciate al curatore dal fallito la disciplina di cui all'art 63, comma secondo, del c.p.p. (che prevede la inutilizzabilità di tali dichiarazioni se siano state rese alla autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria da chi, sin dall'inizio, avrebbe dovuto essere sentito in qualità di imputato).

(Cassazione penale, Sez. I, sentenza 27 maggio 2004, n. 24250)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

CORTI DI APPELLO

1.15. Lunghezza eccessiva delle procedure fallimentari ed equo indennizzo

Per effetto del mancato rispetto del termine ragionevole della durata della procedura fallimentare, in violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, può configurarsi la sussistenza di un pregiudizio materiale e morale risarcibile in favore del fallito con un equo indennizzo.

(Corte d'appello Torino, decreto 14 aprile 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.16. Revocatoria delle rimesse su conto corrente

I. Ai fini della revocatoria delle rimesse di conto corrente la pattuizione dell'affidamento, per la determinazione della natura ripristinatoria o solutoria delle rimesse, non deve necessariamente risultare da atto scritto, perché l'art. 127 t.u. 385/93 che tale forma impone a pena di nullità, legittima soltanto il cliente ad eccepire tale nullità, cliente che peraltro non avrebbe motivo per farla valere trattandosi di patto stipulato a suo esclusivo vantaggio.

II. Ai fini della revocatoria delle rimesse di conto corrente, il concreto atteggiarsi del conto, quale risulta dagli estratti conto periodicamente inviati dalla banca al cliente, dimostra, attraverso la costante disponibilità di somme da parte del cliente senza opposizione da parte della banca, che il conto è affidato. In difetto di prova della scadenza dell'affidamento concesso, esso dovrà esser considerato a tempo indeterminato. Ne deriva che oggetto di revoca potrà essere la differenza

tra l'ammontare massimo dello scoperto raggiunto dal conto ed il saldo finale del conto prima della dichiarazione di fallimento.

(Corte d'appello Firenze, Sentenza 28 gennaio 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

TRIBUNALI

1.17. Conversione del concordato preventivo in fallimento

Quando l'attivo è insufficiente a garantire il pagamento dei crediti in misura del 100% ai privilegiati, ed in misura del 40% ai chirografari e quindi ricorrono le condizioni contemplate dall'art. 173, u.c., l.f., l'ordinanza ammissiva al concordato preventivo viene revocata e si può procedere alla dichiarazione di fallimento, sulla scorta dello stato d'insolvenza in cui versa la società.

(Tribunale di Bari, Sentenza 4 maggio 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.18. Competenza del giudice delegato alla pronuncia di sequestro conservativo

La competenza del G.D. ad emettere provvedimenti cautelari ex art. 146 l.f. è una competenza funzionale che perdura fino a quando non sia stata instaurata la causa di merito, escludendo che, fino a questo stesso momento, un provvedimento di sequestro conservativo possa essere ottenuto secondo le forme di rito cautelare uniforme.

(Tribunale di Vicenza, Ordinanza, 27 aprile 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.19. Individuazione della sede dell'impresa

Al fine di provare che la sede effettiva di una società appartenente ad un gruppo non si identifica con la sede legale di quella società bensì con la sede della capogruppo non è sufficiente dimostrare la gestione unitaria e i collegamenti di natura finanziaria ed organizzativa con la capogruppo, ma al contrario dimostrare l'effettivo centro amministrativo e gestionale dello specifico settore di attività della società controllata.

(Tribunale di Rimini, Sentenza 6 aprile 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.20. Sorte del contratto d'affitto pendente in caso di fallimento

Nell'ipotesi di imprese assoggettate a fallimento, in applicazione del disposto dell'art. 3 legge 223/91 il diritto di prelazione è conferito dalla legge esclusivamente all'affittuario d'azienda, onde la legittimazione al suo esercizio postula la necessaria sussistenza di detta qualità nel momento in cui il diritto stesso viene esercitato. Ne consegue che la legittimazione all'esercizio della prelazione non può sopravvivere alla caducazione del rapporto di affitto, indipendentemente dalla circostanza, di mero fatto, che l'azienda sia rimasta, nella materiale disponibilità dell'affittuario.

(Tribunale di Modena, Sentenza 4 marzo 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.21. Difetto di dichiarazione di evento interruttivo e proseguimento del giudizio

Se in corso di causa non viene effettuata una formale dichiarazione per l'intervenuta omologazione del concordato fallimentare con conseguente chiusura del fallimento, non verificandosi alcun evento interruttivo il giudizio di opposizione allo stato passivo procede per la parte riguardante l'accertamento del credito.

(Tribunale Aosta, Sentenza 2 aprile 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

1.22. Revocabilità della rimessa su conto passivo nei limiti del fido

Ha natura solutoria ed è, quindi, revocabile la rimessa effettuata dal correntista su conto passivo nei limiti del fido concesso qualora il versamento sia finalizzato non già al ripristino della provvista a disposizione del cliente ma all'estinzione del debito contratto nei confronti della banca.

Nel caso di specie, la natura solutoria della rimessa è stata dedotta dalla circostanza che il correntista, dopo il versamento in questione, non aveva più riutilizzato l'apertura di credito e la banca aveva revocato l'affidamento pochi giorni dopo.

Sono indici di conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca:

- il comportamento della banca che consenta al cliente la movimentazione del conto "al rientro" e revochi gli affidamenti solo dopo che l'ultima rimessa ha azzerato le passività;
- i dati ricavabili dai bilanci della società fallita e del gruppo di società cui la stessa appartiene qualora indichino una forte tensione finanziaria ed un progressivo peggioramento della situazione economica complessiva;
- l'essere la banca a conoscenza del conferimento ad un advisor del mandato di tentare il risanamento della società e del gruppo;
- le innumerevoli e frequenti notizie date dalla stampa locale idonee a rendere di pubblico dominio la grave crisi economica e finanziaria del gruppo.

La concessione di ulteriore credito e la partecipazione ad un piano di salvataggio non sono necessariamente indicativi di fiducia nel risanamento dell'impresa, né la possibile reversibilità della crisi esclude di per sé la conoscenza dello stato di insolvenza. "Insolvenza" e "temporanea difficoltà" sono, infatti, nozioni che divergono solo per l'aspetto quantitativo, dovendo la temporanea difficoltà valutarsi come insolvenza in quanto coincidente con l'incapacità dell'impresa di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

(Tribunale di Mantova, sez. II, 24 marzo 2004)

(Fonte: La nuova giurisprudenza on line - IPSOA Editore)

GIURISPRUDENZA SOCIETARIA

CORTE COSTITUZIONALE

2.1. Nuove false comunicazioni sociali

La Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2621 e 2622 del codice civile, come sostituiti dall'art. 1 del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61. In particolare, la Consulta ha rilevato che le soglie di punibilità contemplate dall'art. 2621 cod. civ. integrano requisiti essenziali di tipicità del fatto: e la stessa ordinanza di rimessione non esita, del resto, a qualificarle espressamente come «elementi costitutivi» del reato. Si tratta di un elemento che “delimita” l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già “sottrae” determinati fatti all'ambito di applicazione di altra norma, più generale: un elemento, dunque, che

esprime una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale. Secondo la Corte, tale scelta — pur a fronte di una generale tendenza alla valorizzazione dei c.d. “indici di esiguità” del fatto espressi da elementi numerici nella delimitazione delle fattispecie penali — può presentare più o meno ampi margini di opinabilità, avuto riguardo alla natura degli interessi coinvolti ed agli effetti indotti dalla concreta architettura delle soglie di punibilità a carattere percentuale. Ma resta comunque una scelta sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall’art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore, sovrapporre ad essa - tramite l’intervento ablativo invocato - una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l’area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice.

(Corte Costituzionale, Sentenza 26 maggio - 1° giugno 2004, n.161)

(Fonte: newsletter www.filodiritto.com – sito di informazione professionale)

CASSAZIONE

2.2. Esigibilità dell’imposta di registro nella fusione per incorporazione

La direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, come modificata dalle direttive del Consiglio 9 aprile 1973, 73/80/CE e 10 giugno 1985, 85/303/CE, non osta alla riscossione dell’imposta proporzionale di registro in base alla Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1985, n. 131, in caso di incorporazione di società ad opera di società che detiene la totalità delle azioni o delle quote di società incorporata, non potendo tale operazione inquadrarsi nella fattispecie dei conferimenti dell’intero patrimonio societario in altra società di capitali remunerati esclusivamente mediante attribuzione di quote sociali, disciplinata dalla direttiva, essendo già tutte le quote o azioni appartenenti all’incorporante (conf. Corte di Giustizia della CEE, sez. VI, 27 ottobre 1998, n. 152); né, d’altra parte la fusione mediante incorporazione in una società che possiede l’intera partecipazione della società incorporata può ritenersi modifica statutaria o dell’atto costitutivo, come tale non assoggettabile all’imposta di registro ai sensi dell’art. 4, par. 3 della direttiva 69/335/CEE, atteso che nel nostro ordinamento

l'incorporazione di società interamente possedute hanno natura e disciplina diverse dalla disciplina dell'atto costitutivo (per le prime ai sensi dell'art. 2504 *quinquies* c.c. e per le seconde, a norma dell'art. 2494 c.c.).

(Cassazione civile, 4 maggio 2004, n. 8448)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.3. Valenza autonoma del principio di chiarezza nell'esame del bilancio

Il principio di chiarezza nella disciplina legale del bilancio di società non è affatto subordinato a quello di correttezza e veridicità del bilancio medesimo, ma è dotato di autonoma valenza, essendo obiettivo fondamentale del legislatore quello di garantire non solo la veridicità e correttezza dei risultati contabili, ma anche la più ampia trasparenza dei dati di bilancio che a quei risultati conducono, in un sistema di informazione che postula, appunto, l'idoneità del bilancio a rendere effettivamente fruibili per i soci e per i terzi tutte le informazioni che la legge impone di fornire loro.

(Cassazione civile, 29 aprile 2004, n. 8204)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.4. Rappresentazione in bilancio dei compensi spettanti agli organi della procedura commissariale

L'art. 2427, primo comma, n. 16 c.c. – il quale in tema di contenuto della nota integrativa prevede che essa deve indicare l'ammontare dei compensi spettanti agli amministratori – è applicabile anche in tema di rappresentazione in bilancio dei compensi spettanti agli organi di una procedura commissariale disposta dall'ISVAP nei confronti di una società assicurativa, a nulla rilevando che i relativi compensi siano stati precedentemente decisi dai soci in assemblea o derivino da una fonte diversa, giacché tale circostanza non fa venir meno in alcun modo l'esigenza informativa che la citata disposizione di legge intende salvaguardare.

(Cassazione civile, 29 aprile 2004, n. 8204)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.5. Diritto all'informazione del socio e riflessi sulla impugnazione della delibera di approvazione del bilancio

La funzione informativa del bilancio e il correlato diritto all'informazione stabiliti dall'art. 2423 c.c., nel testo vigente dopo le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 127/1991, trovavano già un fondamento nella normativa precedentemente in vigore e, in particolare nel dettato dell'art. 2423 cit., che, anche nell'originaria formulazione enunciava il principio di chiarezza, cui è collegato il diritto all'informazione, finalizzato a consentire in assemblea l'espressione di un voto cosciente e meditato, perché basato su un'adeguata conoscenza dei dati. In ragione di tale previsione ed allo scopo di realizzare il diritto di informazione, che è in rapporto di strumentalità con il principio di chiarezza, gli amministratori devono soddisfare l'interesse del socio ad una conoscenza concreta dei reali elementi contabili recati in bilancio e sono obbligati a rispondere alla domanda di informazione che sia pertinente e non trovi ostacolo in oggettive esigenze di riservatezza, in modo da dissipare le insufficienze, le incertezze e le carenze di chiarezza in ordine ai dati di bilancio ed alla relativa relazione. Pertanto, i chiarimenti forniti in assemblea, se adeguati, fanno venire meno l'interesse del socio che li ha chiesti ed ottenuti ad eventuali impugnative della delibera di approvazione in relazione ai punti oggetto di chiarimenti.

(In applicazione di tale principio, la Cassazione ha respinto il ricorso del socio e ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la sua domanda, sulla base della considerazione che il rispetto dei principi di chiarezza, verità e correttezza devono essere verificati sulla scorta non solo del documento contabile, ma anche con riferimento alla relazione degli amministratori e dei sindaci ed agli eventuali chiarimenti forniti in assemblea e risultanti dal relativo verbale).

(Cassazione Civile, 27 aprile 2004, n. 8001)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.6. Opposizione al provvedimento sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria

In tema di procedimento sanzionatorio in materia di intermediazione finanziaria dall'art. 195, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il decreto della Corte di Appello (che decide l'opposizione contro il provvedimento con cui, su proposta della Banca d'Italia o della Consob, il Ministero del Tesoro ha applicato la sanzione amministrativa) è impugnabile esclusivamente con il ricorso straordinario per Cassazione ex art. 111 Cost., non con il ricorso ordinario previsto dall'art. 111 Cost., non con il ricorso ordinario previsto dall'art. 360 c.p.c. Di conseguenza, il vizio di motivazione del decreto è insindacabile in sede di legittimità e assume rilievo esclusivamente se si concreta in una totale carenza dell'apparato argomentativo, ovvero in una mera apparenza di esso, perché sviluppato con argomentazioni inidonee a rivelare il procedimento logico attraverso il quale il giudice di merito è pervenuto alla decisione, ovvero logicamente inconciliabili tra di loro.

(Cassazione civile, 8 aprile 2004, n. 6934)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

2.7. Diritto agli utili e azione individuale del socio ex art. 2393 c.c.

Nelle società di capitali il diritto del socio agli utili sorge solo a seguito della deliberazione assembleare che decide la devoluzione ai soci, in tutto o in parte, dell'utile accertato in sede di approvazione del bilancio. Gli utili, infatti, sono parte del patrimonio sociale e fin quando l'assemblea non ne disponga la eventuale distribuzione in favore dei soci, l'indebita sottrazione degli stessi da parte dell'amministratore lede il patrimonio sociale, ripercuotendosi solo indirettamente sulla posizione giuridica e sull'interesse economico del singolo socio, che vede compromessa la sua aspettativa di reddito e compresso il valore della sua quota. Ne consegue che non compete, in simili casi, al singolo socio l'azione contemplata dall'art. 2393 del c.c. la quale presuppone l'esistenza di un danno subito dal medesimo socio direttamente: non, cioè, come mero riflesso del danno sociale di cui solo la società, tramite gli organi a ciò abilitati e con il procedimento a tal fine prescritto dall'art. 2393 del c.c., può chiedere il risarcimento all'amministratore.

(Cassazione civile, Sez. I, sentenza 28 maggio 2004, n. 10271)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)

3. NOVITA' LEGISLATIVE E PROPOSTE E DISEGNI DI LEGGE

3.1. Adeguamento del trattamento economico spettante ai commissari liquidatori dei consorzi agrari

E' stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell' 11 giugno 2004 un Decreto che integra le disposizioni sui compensi dei commissari liquidatore dei consorzi agrari, previste dal decreto 23 febbraio 2001, n. 64. In particolare adegua il trattamento economico previsto con esclusivo riferimento alla peculiare situazione dei consorzi agrari in liquidazione coatta amministrativa.

(Decreto 19 maggio 2004, G.U. 11/6/2004, n. 135)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

3.2. Ministero della Giustizia – Consiglio Nazionale Forense: Tariffe Forensi

Applicabili dal 2 giugno 2004 le nuove tariffe professionali degli avvocati. L'atteso Decreto del Ministro della Giustizia è stato infatti pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale. Il regolamento adegua in misura del 25% i minimi e i massimi tariffari, ridefinisce gli scaglioni ed inserisce nuove voci relative ad istituti e prestazioni prima inesistenti (indagini difensive in materia penale, consulenza on line). Il rimborso delle spese generali è determinato in misura forfettaria del 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti (rispetto all'attuale 10%).

(Ministero della Giustizia: Decreto 8 Aprile 2004, n. 127,- pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18 maggio 2004, n.115 - Suppl. Ord).

(Fonte: newsletter www.filodiritto.com – sito di informazione professionale)

3.3. Ministero delle Finanze: Regolamento fondazioni bancarie

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il Regolamento in materia di fondazioni bancarie, che entrerà in vigore il 1° luglio 2004, sostituendo integralmente il precedente Regolamento emanato con decreto ministeriale 2 agosto 2002, n. 217. In particolare, il Regolamento stabilisce che gli statuti delle fondazioni prevedono che l'organo di indirizzo sia composto da una prevalente e

qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali e, per la eventuale restante parte, da personalità che per professionalità, competenza ed esperienza, in particolare nei settori cui è rivolta l'attività della fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali. E' altresì previsto che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria o sue controllate o partecipate e che i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo presso la fondazione non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria.

(Ministero dell'economia e delle finanze, Decreto 18 maggio 2004, n. 150: Regolamento ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina di fondazioni bancarie – pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 giugno 2004, n. 139)

(Fonte: newsletter www.filodiritto.com – sito di informazione professionale)

3.4. Legge sul contratto di franchising

E' entrata in vigore il 25 maggio 2004 la Legge che rende tipico il contratto di franchising nel nostro ordinamento.

Il contratto di franchising è definito come contratto intercorso 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.

Il contratto di franchising deve essere redatto per iscritto a pena di nullità e se stipulato a tempo determinato deve avere una durata non inferiore a tre anni (salva la possibilità di risolvere anticipatamente il contratto per inadempimento della parti).

Il contratto deve inoltre espressamente indicare:

- a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;
- b) le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;
- c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;
- d) la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato;
- e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato;
- f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;
- g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso;

Il provvedimento stabilisce obblighi di informazione in capo all'affiliante, affinché l'affiliato possa avere a disposizione prima della sottoscrizione del contratto tutti gli elementi per una consapevole negoziazione.

Viceversa, in capo all'affiliato è previsto espressamente l'obbligo di non trasferire la sede, qualora sia indicata nel contratto, senza il preventivo consenso dell'affiliante, se non per causa di forza maggiore, nonché, soprattutto, l'impegno ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale.

In linea con una tendenza legislativa diretta a deflazionare il ricorso alla giurisdizione ordinaria (o all'arbitrato), è previsto che le parti possano prevedere (si tratta pertanto di una opzione del tutto facoltativa) che, prima di ricorrere a tale soluzione, sulle controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale sia attivato un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato. A tale procedimento di conciliazione si applicheranno, in quanto compatibili, le

disposizioni introdotte nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, in materia di processo nel diritto societario.

La nuova disciplina si applicherà ai contratti in essere al momento dell'entrata in vigore della legge. Entro un anno dall'entrata in vigore della legge dovranno essere formalizzati per iscritto i contratti che non siano stati redatti in tale forma, mentre entro lo stesso termine devono essere adeguati alla nuove disposizioni i contratti stipulati per iscritto.

(Legge 6 maggio 2004, n. 129: Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale – pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 24 maggio 2004, n. 120)

(Fonte: newsletter www.filodiritto.com – sito di informazione professionale)

4. PRASSI

4.1. Modalità e termini del rilascio delle certificazioni per l'intervento in assemblea dopo la riforma

La Consob ha reputato opportuno indirizzare al mercato, dopo aver avviato il processo di revisione dei propri regolamenti per adeguarli alla mutata disciplina delle non quotate ed in deroga ai suoi compiti istituzionali che non prevedono l'interpretazione di norme di legge, una serie di chiarimenti applicativi riguardanti alcune norme del regolamento mercati in tema di modalità e termini del rilascio delle certificazioni per l'intervento in assemblea, che potrebbero apparire in contrasto, nella fase di transizione, con la nuova disciplina introdotta dalla riforma Vietti. A parere della Commissione fino al 30 settembre 2004, termine entro il quale occorre effettuare gli adeguamenti statutari richiesti dalla riforma, accanto alla disciplina previgente possono trovare applicazione quantomeno le disposizioni inderogabili della nuova disciplina. Pertanto, individuate negli artt. 33, comma 3 e 35, comma 1 le norme del vigente Regolamento Mercati che potrebbero contrastare con le disposizioni inderogabili che si ritenessero applicabili nel periodo transitorio, la CONSOB chiarisce che si rende necessario interpretare la norma dell'art. 33, comma 1, nel senso che la richiesta all'intermediario possa avere ad oggetto, oltre la certificazione, anche la comunicazione prevista dal nuovo art. 2370 c.c.; la norma dell'art. 34, comma 3, nel senso che l'intermediario dovrà accertare l'esistenza della posizione due

giorni (e non cinque) prima dell'assemblea; la norma dell'art. 35, comma 1, nel senso che, qualora l'intermediario effettui la comunicazione sostitutiva del deposito prevista dal nuovo testo dell'art. 2370 c.c., l'aggiornamento del libro soci sarà effettuato sulla base della stessa, non occorrendo altresì la comunicazione prevista dall'art. 35, comma 1.

(Comunicazione Consob, 24 maggio 2004, n. DME/4050274)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

4.2. I nuovi modelli Confindustria per l'esonero da responsabilità amministrativa

Confindustria ha rilasciato le nuove linee guida per la costituzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001, modificate sulla base dei lavori del Gruppo sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, e comprensive delle osservazioni e dei rilievi critici svolti dal Ministero della Giustizia nella comunicazione del 4 dicembre scorso, riadeguate ai nuovi reati introdotti dai provvedimenti di modifica al decreto stesso. Particolarmente innovata è la sezione dedicata ai compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza e quella relativa all'obbligo di informazione, che se assolto dal prestatore di lavoro, viene chiarito, non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari. I modelli elaborati sono soggetti ad un nuovo procedimento da parte del Ministero della Giustizia: in assenza di osservazioni ministeriali (da effettuarsi entro trenta giorni) il procedimento di controllo può considerarsi chiuso e dichiarato efficace il codice di comportamento comunicato.

(Linee guida Confindustria 18 maggio 2004)

(Fonte: newsletter IPSOA – Le Società)

4.3. Prescrizione del diritto alla liquidazione dei crediti di lavoro

L'Inps riordina, alla luce dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali, la materia della prescrizione del diritto alla liquidazione dei crediti di lavoro relativi agli ultimi 3 mesi del rapporto di lavoro di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 80/1982. In particolare l'Istituto fornisce chiarimenti in merito ai termini di presentazione delle domanda e precisa quali sono gli atti che interrompono la prescrizione.

(Circolare Inps 26 aprile 2004, n. 86)

(Fonte: newsletter IPSOA – Fallimento on line)

4.4. Le semplificazioni per il trasferimento della sede sociale non valgono per le società di persone

In seguito ad alcune perplessità manifestate dagli organismi camerali in merito al regime di semplificazione del procedimento di costituzione e modifica di alcuni elementi strutturali ed essenziali dell'atto costitutivo introdotto dalla riforma del diritto societario, il Ministero delle Attività Produttive ha chiarito che quando una società di persone decide di cambiare indirizzo deve comunque modificare il proprio atto costitutivo depositato in Camera di commercio, presso il Registro delle imprese. Tale modifica può essere fatta con atto notarile o con scrittura privata autenticata. La riforma del diritto societario, infatti, prevede che non ci sia più l'obbligo di modifica statutaria per il cambiamento di sede delle società di capitali, essendo sufficiente la compilazione dell'apposito modello presso la Camera di commercio. A tal proposito nulla viene disposto in merito alle società di persone. È in tale contesto di incertezza che è intervenuto il Ministero al fine di eliminare le ampie difformità di trattamento verificatesi sin'ora sul territorio.

(Ministero delle Attività Produttive, C.M. 28 maggio 2004, n. 3578/C)

(Fonte: societa24.ilsole24ore)