



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

**Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti**

INFORMATIVA PERIODICA

Diritto societario

4 giugno 2018

Indice

Presentazione	2
Attività del CNDCEC	3
Giurisprudenza e prassi	5
Novità	21

Presentazione

Cara/o collega,

ti inviamo il terzo numero dell'informativa periodica "Diritto societario", progetto condiviso tra il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (di seguito CNDCEC) e la Fondazione Nazionale dei Commercialisti (di seguito FNC), al fine di informare e condividere con i colleghi l'attività istituzionale svolta dal CNDCEC, con specifico riferimento alle varie tematiche del diritto societario.

L'informativa contiene un aggiornamento in relazione all'**Attività istituzionale** e ai **Documenti** pubblicati negli ultimi mesi dal CNDCEC e dalla FNC.

Nella sezione "**Giurisprudenza e Prassi**" viene proposta una rassegna delle pronunce giurisprudenziali e delle prassi in uso relativamente ad ambiti del diritto societario e del diritto di impresa più in generale, in cui il dibattito della dottrina e della giurisprudenza è particolarmente vivace.

La sezione "**Novità**" raccoglie le informazioni e le notizie attinenti ai recenti provvedimenti normativi che attengono al diritto societario.

Ti ricordiamo che questa Informativa non ha la pretesa di essere un documento scientifico ma deriva dalla volontà di condivisione di un percorso appena intrapreso con tutti i colleghi. Per tal motivo, ti invitiamo, laddove tu lo ritenga opportuno, a segnalarci eventuali tematiche di interesse e soprattutto spunti di riflessione e suggerimenti per migliorare questa iniziativa.

Massimo Scotton e Lorenzo Sirch

Consiglieri Nazionali con delega al Diritto societario



Attività del CNDCEC

GRUPPI DI LAVORO

Il CNDCEC ha istituito il gruppo di lavoro multidisciplinare sulle responsabilità di sindaci e revisori.

La tematica delle responsabilità dell'organo di controllo delle società di capitali e, più partitamente, del collegio sindacale incaricato o meno della revisione legale, è di una certa rilevanza e non solo per i professionisti interessati e per gli Ordini professionali di appartenenza, ma anche e soprattutto per garantire un sistema dei controlli efficace e funzionante.

La definizione di presupposti di responsabilità più puntuali si rende necessaria al fine di poter adeguatamente tutelare il patrimonio di conoscenze e competenze di cui i professionisti sono portatori.

Per converso, la "volatilità" del rischio contribuisce a rendere particolarmente difficile l'assicurazione per danni professionali ovvero contribuisce alla lievitazione dei premi che penalizzano irragionevolmente i professionisti che intendono svolgere tali incarichi.

Con ciò non si intende perseguire l'obiettivo di deresponsabilizzare i controllori, bensì quello di diffondere una cultura dei controlli che possa far affidamento sul contributo di professionisti esperti, competenti e dediti allo svolgimento dell'incarico con la dovuta diligenza ma altrettanta serenità al fine di "creare valore" nell'impresa.

Effettuata una ragionata ricognizione delle esperienze registrate nei diversi contesti

europei con riferimento alla revisione legale, obiettivo del Gruppo di lavoro è pervenire ad una proposta di modifica dell'attuale regime di responsabilità civile previsto per l'organo di controllo delle società di capitali. Si esamineranno anche le ricadute in ambito penale.

Parteciperanno ai lavori del gruppo professionisti, accademici e alcuni membri esterni in rappresentanza di ABI, Assirevi, Confindustria e CNF.

DOCUMENTI

Nell'ambito della attività di collaborazione tra CNDCEC e RINA Services S.p.a. – partner certificativo che offre servizi qualificati nel settore della verifica di conformità e, in particolare, nel campo della certificazione dei sistemi di gestione di qualità, dell'ambiente, della sicurezza e della responsabilità sociale –, è stato predisposto un documento per promuovere iniziative di divulgazione e formazione in materia di redazione e asseverazione della *disclosure* di sostenibilità (e delle relative metodologie applicative).

All'inderogabile domanda da parte della collettività di misure per lo sviluppo di un sistema economico e produttivo sostenibile, i due enti ritengono opportuno rispondere con l'elaborazione e la diffusione di strumenti tecnici e legislativi sempre più efficaci nell'affrontare le crescenti criticità generate dagli impatti sociali e ambientali dell'attività produttiva. La diffusione della *disclosure* di sostenibilità rappresenta uno di questi strumenti (di sensibilizzazione e di controllo



sociale) di supporto agli individui e alle aziende nel realizzare comportamenti tesi a mitigare le esternalità negative, a favorire lo sviluppo della collettività e a premiare le realtà economiche che perseguono, appunto, strategie sostenibili.

Nel documento, CNDCEC e RINA, nel contesto dell'attuale cornice normativa, tracciano le linee di una possibile convergenza d'azione attraverso la quale, da un lato, diffondere la cultura e le conoscenze tecniche in materia di *sustainability reporting* e, dall'altro, affinare i contenuti le attività di verifica di parte terza tramite uno specifico e dettagliato processo professionale, in cui sottoporre tale tipologia d'informativa aziendale a un'attività di verifica che possa completare (e consolidare) il controllo di conformità previsto dalle recenti disposizioni (obbligatorie per talune tipologie di imprese) relative alla rendicontazione non finanziaria; il tutto al fine di realizzare la *ratio* e gli obiettivi della norma: la promozione dell'interesse economico (anche individuale) nell'ambito del perseguimento dell'interesse pubblico ad un sistema sostenibile.



Giurisprudenza e prassi

La sezione giurisprudenza e prassi intende fornire un'aggiornata rassegna delle pronunce e delle prassi di maggiore interesse relative a questioni dibattute e rilevanti per i risvolti pratici e teorici in esse affrontati.

GIURISPRUDENZA

Società di persone

[Tribunale di Torino, Sez. I, ord. del 16 gennaio 2017](#)

Revoca giudiziale amministratore s.a.s.

La revoca giudiziale per giusta causa dall'amministratore di una società di persone può operare anche d'urgenza ex art. 700 c.p.c.; ricorrono, infatti, sia la condizione di ammissibilità del provvedimento cautelare consistente nella compatibilità della tutela con la futura pronuncia, sia quella consistente nella residualità della misura. L'art. 2259 c.c., rubricato "*revoca della facoltà di amministrare*", pur essendo dettato in materia di società semplice, è applicabile anche agli amministratori della società in accomandita semplice, in base al combinato disposto degli artt. 2293 e 2315 c.c. In punto, la giurisprudenza ha osservato che la "giusta causa" di cui all'art. 2259, comma terzo, c.c., idonea a legittimare la revoca, va individuata in qualunque evento che renda impossibile la naturale esecuzione del rapporto di gestione e che sia tale da integrare la violazione degli obblighi propri dell'amministratore. Anche nei casi in cui il socio di cui è richiesta la revoca sia l'unico socio accomandatario, la società non si

scioglie in via automatica, potendo trovare applicazione in via analogica quanto previsto dall'art. 2323 c.c., in tema di scioglimento della società in accomandita semplice, che, come è noto, consente la nomina di un amministratore provvisorio per un periodo di sei mesi. Con la disciplina prevista per la revoca giudiziale del socio accomandatario e con quella dettata nel caso in cui vengano a mancare tutti gli accomandatari, l'ordinamento si preoccupa di conservare l'originario contratto sociale voluto dalle parti, tanto da concedere alle stesse, nel caso una intera categoria di soci venga a mancare, un termine per porvi rimedio, autorizzando la nomina di un amministratore provvisorio. Sicché, si ritiene possibile pervenire al medesimo risultato nel caso in cui l'unico socio accomandatario sia semplicemente revocato dalla carica di amministratore, restando socio, e per tal motivo, senza che venga meno la categoria dei soci accomandatari. Pertanto, alla revoca dalla carica di amministratore dell'unico socio accomandatario non consegue lo scioglimento della società, essendo applicabile la disciplina ex art. 2323 c.c., con conseguente possibilità per i soci sia di rivedere i patti sociali entro sei mesi dalla revoca, sia di nominare *medio tempore* un amministratore provvisorio per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione.

[Tribunale di Catania, sentenza n. 1539 del 29 marzo 2017](#)

Violazione del divieto di immistione ex 2320 c.c.

La sentenza in commento, resa pubblica solo di recente, afferma che non si riscontra



violazione del divieto di immistione nella gestione della società da parte del socio accomandante, con conseguente assunzione della responsabilità illimitata e solidale verso i terzi, ai sensi dell'art. 2320, comma primo, c.c. al compimento delle seguenti attività:

- la prestazione di garanzia in favore della società;
- il finanziamento di specifiche attività sociali su richiesta dell'amministratore;
- la messa a disposizione di liquidità per fronteggiare spese della società,

non rappresentando tali attività tipici atti di gestione che possano comportare la responsabilità solidale e illimitata per le obbligazioni sociali, riguardando invece la fase esecutiva dell'assunzione di obbligazioni.

È pertanto annullabile la delibera dell'assemblea dei soci che, fondandosi sulla violazione del divieto di immistione nella gestione, abbia escluso dalla società i soci accomandanti ex art. 2320, comma primo, ultimo periodo c.c.

È quanto conclude il Tribunale di Catania chiamato a giudicare sulla legittimità di una deliberazione di esclusione dei soci accomandanti di una s.a.s. che avevano prestato la propria fideiussione alla società a garanzia di un finanziamento alla stessa concesso. La delibera di esclusione si fondava sulla considerazione che tali soci erano stati ritenuti gravemente inadempienti rispetto alle obbligazioni derivanti dalla legge o dal contratto sociale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2320 c.c. e dell'art. 2286 c.c. Nel caso di specie, i gravi inadempimenti contestati ai soci accomandanti sarebbero consistiti nel non avere, questi ultimi, adempiuto alle obbligazioni sociali oltre i limiti della quota di

conferimento iniziale, non partecipando alle spese di gestione della società e dovendosi ritenere responsabili illimitatamente e solidalmente non solo nei confronti dei terzi ex art. 2320, ma anche nei rapporti interni, come conseguenza della loro immistione nell'attività amministrativa della società. In particolare, il mancato versamento della somma richiesta a copertura dei debiti sociali, secondo i ricorrenti, avrebbe integrato una grave violazione dei doveri sociali, tale da giustificare l'esclusione del socio. Sul punto, la sentenza evidenzia come non risultasse che i soci accomandanti, che avevano prestato fideiussione, avessero assunto obblighi in nome e per conto della detta società; la stessa pronuncia chiarisce che, affinché un atto compiuto dal socio accomandante possa essere qualificato come atto di gestione, è necessario che lo stesso abbia carattere non meramente esecutivo, ma decisionale e autonomamente orientato, non essendo sufficiente il compimento da parte dell'accomandante di atti riguardanti il momento esecutivo dei rapporti obbligatori (in termini, si richiama Cass. Civ. n. 15600/2014 e Cass. Civ. n. 13468/2010). Il Tribunale ribadisce che la prestazione di garanzie in favore della società è stata espressamente ritenuta inerente alla fase esecutiva dell'assunzione di obbligazioni, così come il finanziamento di specifiche attività sociali su richiesta dell'amministratore o per la messa a disposizione di liquidità per fronteggiare spese della società (Cass. Civ. n. 13468/2010, Cass. Civ. 8093/2004). Il Tribunale chiarisce anche che né la presenza nel locale in cui la società esercita la propria attività commerciale, né la sottoscrizione occasionale di documenti (ad esempio fatture e bolle pervenute presso la sede della società) possono ritenersi validi elementi al fine di provare l'assunzione e il



GIURISPRUDENZA E PRASSI

compimento da parte dei soci accomandanti di decisioni o scelte organizzative relative alla gestione della società, tali da inficiare l'obbligo di astensione dalla gestione declinato nell'art. 2320 c.c.

A tal riguardo, si osserva che tale ultima disposizione, nel prevedere l'assunzione di responsabilità solidale e illimitata del socio accomandante che abbia violato il divieto di immistione nella gestione sociale al pari del socio accomandatario, fa espresso riferimento alle obbligazioni contratte dalla società nei confronti dei terzi non sancendone una estensione anche ai rapporti interni alla stessa.

Con riferimento all'ambito di validità delle pattuizioni tra soci, inoltre, la sentenza conferma il principio secondo cui è nulla la clausola statutaria che preveda, nei rapporti interni fra i soci, la partecipazione degli accomandanti alle perdite oltre la quota di capitale conferito, poiché nelle società in accomandita semplice il regime della partecipazione alle perdite, per il richiamo di cui all'art. 2315 c.c. alla disciplina relativa alla s.n.c. che ai sensi dell'art. 2293 c.c. a sua volta rinvia all'art. 2280 c.c., è correlato alla responsabilità per le obbligazioni sociali. Ne deriva che nessuna clausola statutaria può validamente disporre in capo ai soci accomandanti una responsabilità per perdite superiore alla quota conferita, configurandosi altrimenti l'elusione di disposizioni che mai l'autonomia privata può derogare.

[Commissione tributaria provinciale di Caltanissetta, sez. I, sent. n. 185 del 6 febbraio 2018](#)

Mancata ricostituzione della pluralità dei soci entro il semestre ex 2323 c.c.

La sentenza in commento affronta il tema dell'illegittimità di un diniego da parte dell'Amministrazione finanziaria ad una richiesta di rimborso IVA presentata dal socio superstite di una s.a.s., dopo il decorso del termine semestrale dal decesso dell'unico altro socio. Più specificatamente, l'Amministrazione finanziaria aveva motivato il diniego sostenendo che, in conseguenza della mancata ricostituzione della pluralità dei soci entro sei mesi, si era verificato lo scioglimento *ex lege* della società, sicché le operazioni poste in essere dal socio superstite, dopo il decorso del termine semestrale, costituivano comportamento concludente ai fini della prosecuzione dell'attività in forma individuale.

Nel ritenere illegittimo il rigetto dell'istanza da parte dell'Ufficio, i Giudici di prime cure, confermano un orientamento oramai pacifico nella giurisprudenza della Cassazione, secondo cui la mancata ricostituzione della pluralità dei soci di una società di persone nel termine di sei mesi non già determina l'estinzione della società, ma unicamente lo scioglimento della stessa e la sua liquidazione, finalizzata alla definizione dei rapporti di credito e di debito con i terzi. Di talché, la massa dei rapporti attivi e passivi che facevano capo alla compagine sociale anteriormente allo scioglimento conserva il proprio originario centro di imputazione (in termini, Cass. 27189/2014, Cass. 3221/1999, Cass. 12553/2004). Infine, sul tema, viene richiamato il principio secondo cui il recesso del socio da una società di persone composta da due soli soci e la mancata ricostituzione della pluralità della compagine sociale da parte del socio superstite determinano lo scioglimento della società a norma dell'art. 2272, n.4, c.c. e non anche la sua estinzione, con la conseguente possibilità di assoggettabilità della società alla procedura



di fallimento (Cass. 501/2016). Viene inoltre sottolineato che la disposizione di cui all'art. 2323, comma primo, c.c. secondo cui una s.a.s. si scioglie, oltre per le cause previste dall'art. 2308 c.c., quando rimangono soltanto soci accomandanti o soci accomandatari, sempreché nel termine di sei mesi non sia stata ricostituita la compagine societaria, replica nell'ambito delle società in accomandita semplice la regola generale contenuta nell'art. 2272, n. 4, c.c. disponendo che la mancata ricostituzione della pluralità dei soci ne determina unicamente lo scioglimento e non anche l'estinzione.

Con l'ulteriore precisazione che lo scioglimento della società di persone per mancata ricostituzione della pluralità di soci nel termine semestrale non determina neanche la trasformazione della stessa in impresa individuale (Cass. 1876/1996). Alla luce di tali considerazioni, è legittima la richiesta di rimborso di eventuali imposte in quanto proveniente da una s.a.s. in scioglimento ma non ancora "estinta".

Società di capitali

[Corte di Cassazione, Sez. I civ., sentenza n. 3946 del 19 febbraio 2018](#)

Compensazione del debito da conferimento con il credito da finanziamento del socio di s.r.l.

La Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere sulla legittimità della deliberazione dell'assemblea straordinaria di una s.r.l. con cui la società aveva disposto l'azzeramento del capitale sociale e il contestuale aumento dello stesso (nel caso di specie oltre il minimo legale) nonché la sottoscrizione da parte di alcuni soci delle quote di rispettiva competenza per tramite della compensazione del debito di

conferimento del socio con il credito dallo stesso socio vantato verso la società.

Nello specifico, la Suprema Corte, con la sentenza in rassegna, nel ribadire la legittimità della compensazione del debito assunto dal socio in seguito alla sottoscrizione dell'aumento di capitale (c.d. debito da conferimento) con il credito del socio derivante da un finanziamento precedentemente concesso alla società, sottolinea che in tale fattispecie non trova applicazione la disciplina dettata dall'art. 2467 c.c. in tema di postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci rispetto alla soddisfazione degli altri creditori. Più specificatamente, la Cassazione richiama il principio (già affermato nelle sentenze Cass. 24 aprile 1998, n. 4236, e 5 febbraio 1996, n. 936) secondo cui, per le società di capitali, nell'ipotesi di sottoscrizione di aumento del capitale sociale, l'oggetto del conferimento da parte del socio non deve necessariamente identificarsi in un bene suscettibile di espropriazione forzata, potendosi trattare di una *res* dotata di consistenza economica; ne consegue che è legittimo il conferimento attuato mediante compensazione tra il debito del socio e il credito vantato dal medesimo verso la società, atteso che la società stessa, sebbene perda formalmente un credito, acquista un "valore economico" consistente nella liberazione del debito verso il socio. È invece pacifico che la compensazione tra debito – *rectius* obbligo – di conferimento e credito vantato verso la società non possa avvenire in sede di costituzione (in quanto la società ancora non esiste). Con riguardo ai terzi creditori, viene ribadito il principio già in precedenza affermato, per il quale l'aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un credito del socio non



GIURISPRUDENZA E PRASSI

è contrario all'interesse dei terzi, comportando, in concreto, un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto il credito del socio si "trasforma" in capitale di rischio.

Sul tema della postergazione, poi, la Suprema Corte osserva che la disciplina di cui all'art. 2467 c.c., nello stabilire che il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società, a determinate condizioni indicate nel secondo comma della norma citata (e cioè in presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o al ricorrere di una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento) è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, implica che i soci di società a responsabilità limitata, qualora effettuino il finanziamento sotto forma di prestiti (sottraendosi in tal modo alla disciplina del conferimento) non possono essere preferiti agli altri creditori, perchè hanno scelto di intervenire attraverso strumenti di debito e non anche attraverso strumenti di rischio. Diversa invece è l'ipotesi in cui i medesimi operino attraverso strumenti di rischio, come nel caso in esame in cui il finanziamento della società ha avuto luogo mediante aumento di capitale, e cioè attraverso sottoscrizione di capitale di rischio: in questa ipotesi il problema della postergazione non si pone affatto, trattandosi di un conferimento effettivo.

[Tribunale di Udine, decreto del 26 settembre 2017](#)

Riduzione del capitale sociale di s.r.l. ordinaria; scioglimento o riqualificazione in s.r.l. a capitale minimo

Il conservatore rifiutava l'iscrizione della dichiarazione di accertamento del verificarsi della causa di scioglimento ex art. 2484, comma primo, n. 4, c.c. di una s.r.l. in cui, alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, non era seguita la ricapitalizzazione da parte dell'unico socio.

Il diniego di iscrizione si fondava sulla considerazione che la s.r.l. poteva contare comunque su un capitale superiore ad un euro e che, conseguentemente, il minimo da prendere in considerazione ai fini della continuità dell'attività da parte della società, era quello di cui all'art. 2463, comma quarto, c.c. e non anche quello di cui all'art. 2463, comma secondo, n. 4, c.c. La società proponeva ricorso al giudice del registro.

Solo con intento meramente ricognitivo, si rammenta che il capitale sociale della s.r.l. cui accenna l'art. 2463, comma secondo n. 4, c.c. deve essere pari a 10.000 euro, mentre quello cui fa riferimento il quinto comma della medesima disposizione può essere inferiore a 10.000 euro ma pari ad almeno un euro (in altri termini, in questo ultimo caso, il capitale può essere fissato ad una cifra ricompresa tra un euro e 9.999 euro). È il caso di sottolineare che la c.d. s.r.l. a capitale minimo viene connotata dal legislatore in termini di parziale specialità rispetto alla tradizionale s.r.l. quando si impone che i conferimenti devono essere effettuati esclusivamente in denaro e versati per intero alle persone a cui è affidata l'amministrazione della società e quando si impone la formazione di una riserva legale, in deroga alle previsioni di cui all'art. 2430 c.c., imputando, a tale destinazione, a chiusura dell'esercizio un quinto degli utili netti fino a quando tale riserva non abbia raggiunto unitamente al capitale sociale la somma di 10.000 euro.



GIURISPRUDENZA E PRASSI

Alle due varianti del tipo s.r.l. si aggiunge la s.r.l.s. di cui all'art. 2463-*bis* c.c.

La normativa vigente, pertanto, consente di costituire:

- S.r.l. ordinaria con capitale minimo non inferiore a 10.000 euro. In questo caso, i conferimenti, salva differente previsione dell'atto costitutivo, possono essere effettuati in denaro e all'atto di costituzione deve essere versato almeno il 25% di essi e l'intero sovrapprezzo;
- S.r.l. a capitale minimo o s.r.l. ad un euro, in cui il capitale minimo non può essere inferiore ad un 1 euro e il capitale massimo non può superare i 10.000 euro. Come accennato, in questo caso, i conferimenti devono essere sempre in denaro e versati per l'intero al momento della costituzione;
- S.r.l.s. in cui il capitale minimo non può essere inferiore ad 1 euro e il capitale massimo non superiore a 10.000 euro (ricompreso, pertanto, anche in tale variante, tra 1 euro e 9.999 euro). In questo caso i conferimenti devono essere effettuati in denaro e versati per l'intero al momento della costituzione; le clausole dell'atto costitutivo, redatto per atto pubblico in conformità al modello standard tipizzato con decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministero dello Sviluppo e con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, sono inderogabili;
- S.r.l. unipersonale ammessa nelle tre varianti di cui sopra e in cui si rende sempre necessario l'integrale versamento dei conferimenti.

Il breve quadro riassuntivo consente di poter inquadrare nel modo più preciso la questione

affrontata dal giudice del registro di Udine che, come accennato, verte sulle ricadute della riduzione del capitale per perdite della s.r.l. ordinaria e sulla possibile riqualificazione della società nella variante di s.r.l. a capitale minimo.

La questione è discussa. Secondo alcuni, in caso di riduzione del capitale sociale della s.r.l. ordinaria al di sotto dei 10.000 euro, la s.r.l. transita nella variante s.r.l. a capitale minimo potendo se del caso essere deliberata tale operazione come opportuno provvedimento da assumersi ai sensi dell'art. 2482-*bis* c.c.

Qualora la s.r.l. ordinaria si trovi nella situazione descritta nell'art. 2482-*ter* c.c., vale a dire abbia riportato perdite superiori ad un terzo e il capitale (minimo) si riduca al di sotto dei 10.000 euro, è controverso se debba trovare applicazione la regola generale descritta nell'art. 2482-*ter* c.c. che, in questo caso, impone la ricapitalizzazione, la trasformazione o lo scioglimento, ovvero se la società possa continuare ad operare con un capitale necessariamente ridotto fino a quando quest'ultimo raggiunga 1 euro, assoggettandosi per tal motivo all'obbligo di formazione accelerata della riserva di cui all'art. 2463, comma quinto, c.c.

Il giudice del registro ritiene più coerente e rispettoso del dato normativo, al verificarsi dei presupposti indicati nell'art. 2482-*ter* c.c., tenere ferma, per le s.r.l. che si siano costituite con un capitale non inferiore a 10.000 euro o per le s.r.l. che si siano dotate di tale capitale (minimo) durante l'esercizio della propria attività, la regola declinata nella summenzionata disposizione che impone la ricapitalizzazione, la trasformazione o in alternativa lo scioglimento della società, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2484, comma



GIURISPRUDENZA E PRASSI

primo, n. 4, c.c., fatta salva la possibilità per le stesse società di assumere una delibera espressa di continuazione della propria attività nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 2463, commi quarto e quinto, c.c., che consenta di operare secondo le logiche imposte alla s.r.l. costituita con un capitale minimo determinato in misura inferiore a 10.000 euro ma pari almeno ad 1 euro.

[Tribunale di Vicenza, decreto del 15 gennaio 2018](#)

Sostituzione dell'organo di amministrazione ex art. 15 l.f. nelle more dell'udienza prefallimentare

Il Tribunale di Vicenza ritiene opportuno disporre ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 15, comma ottavo, l.f., una misura di tutela del patrimonio della società calcistica e dell'esercizio dell'impresa in attesa dello svolgimento dell'udienza in sede prefallimentare.

Più partitamente, il Tribunale, nell'ottica di provvedere urgentemente per evitare la paralisi gestoria e finanziaria della società, ravvisa nella sostituzione dell'organo di amministrazione il provvedimento maggiormente adeguato al caso di specie. A tal fine, il Tribunale assimila il provvedimento cautelare o conservativo che il giudice può emettere ai sensi del summenzionato art. 15, comma ottavo, l.f., al provvedimento che può essere adottato su istanza dei legittimati ex art. 2409, comma quarto, c.c. e finalizzato alla rimozione dell'organo di amministrazione e alla sua sostituzione con un amministratore giudiziario di cui determina poteri e durata.

Ritenendo inoltre che il provvedimento di cui all'art. 15, comma ottavo, l.f. quanto ad effetti sia assimilabile ad un atipico provvedimento ex

art. 700 c.p.c. e, conseguentemente, ravvisando nel caso di specie la ricorrenza del tradizionale *fumus boni iuris* (possibile aggravamento della insolvenza a causa dell'assenza di corretta attività di amministrazione) e del *periculum in mora* (riscontrabile nel precipitare degli eventi con gravi ricadute sul patrimonio sociale quali dirette conseguenze della risoluzione dei rapporti di lavoro in essere con i calciatori e dell'andamento dei risultati calcistici) il Tribunale dispone la sospensione dei poteri dell'amministratore unico e lo sostituisce con un amministratore di sua fiducia, incaricando quest'ultimo di gestire la società in funzione conservativa degli assets aziendali fino alla conclusione della fase prefallimentare.

Operazioni straordinarie

[Cassazione civile, sez. I civ., n. 1181 del 18 gennaio 2018](#)

Fusione in funzione di concordato preventivo; processo esecutivo; opposizione dei creditori

La sentenza prende spunto da una vicenda di fusione per incorporazione considerata in un piano di concordato di tipo liquidatorio richiesto dalla incorporante, in cui l'incorporata, controllata dall'incorporante al 90% e sua terza datrice di ipoteca, apportava il bene immobile gravato da ipoteca. Il piano prevedeva che il ricavato della vendita dell'immobile fosse destinato alla soddisfazione dei creditori della società incorporante. Nel frattempo il creditore ipotecario pignorava l'immobile della incorporata dando inizio all'esecuzione. Il professionista attestatore ometteva qualsiasi riferimento a tali circostanze. Il Tribunale riteneva inammissibile la proposta e dichiarava il fallimento della società. In sede di reclamo, la



GIURISPRUDENZA E PRASSI

Corte d'Appello annullava la sentenza dichiarativa di fallimento rimettendo le parti dinanzi al Tribunale per la prosecuzione della procedura di concordato. Il curatore proponeva ricorso per Cassazione.

Con il primo motivo la curatela deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 160, 161 e 162 l.f. e omessa insufficiente valutazione di una situazione di fatto decisiva, censurava la sentenza d'Appello per aver mancato di cogliere la principale ragione di inammissibilità della proposta di concordato, ravvisabile nella circostanza che né l'attestatore del piano, né la sentenza emessa in sede di reclamo, avevano valutato attentamente la vicenda connotata dalla procedura esecutiva in essere sull'unico immobile dell'incorporata. La Corte ritiene fondata la censura.

In proposito, la Corte mette in evidenza come la proposta di concordato si fondasse sulla liquidazione dell'immobile, conferito alla società richiedente l'ammissione al concordato a seguito di un'operazione di fusione per incorporazione, il cui ricavato doveva essere destinato alla soddisfazione dei creditori.

Viene pertanto richiamato il disposto della legge in base a cui la società incorporante assume i diritti e gli obblighi delle società incorporate, proseguendo nei rapporti, anche processuali, preesistenti alla fusione e relativi alle società partecipanti all'operazione (art. 2504-bis c.c.).

Nel caso di specie, l'azione esecutiva, introdotta col pignoramento dell'immobile da parte del creditore ipotecario, risale a data anteriore all'operazione di fusione. Essa, inoltre, non ricadeva nell'ambito di applicazione del blocco delle azioni esecutive

di cui all'art. 168 l.f., trattandosi di procedura esecutiva iniziata su beni che all'epoca del pignoramento non facevano parte del compendio della società proponente il concordato. Per tali motivi, la fattibilità giuridica del piano di concordato era esclusa *ab origine*, prevedendo quest'ultimo, come accennato, la vendita di un immobile apportato dal terzo datore già pignorato dal creditore ipotecario.

Con il secondo motivo di ricorso, la curatela denunciava violazione e falsa applicazione degli artt. 2470, 2501-ter, 2504-bis, 2505-bis c.c. nonché degli artt. 162, 184 e 111 l.f. e l'omessa e insufficiente valutazione di una situazione di fatto decisiva per aver la Corte d'Appello illogicamente risolto l'ulteriore problematica conseguente alla prospettazione dell'operazione di fusione, stante che i creditori della società incorporanda - tra cui era da annoverarsi quello con rango ipotecario - non sarebbero stati incisi dalla falcidia concordataria, all'esito della operazione di fusione e della relativa confusione dei patrimoni delle società partecipanti. I ricorrenti, infatti, lamentavano che i creditori della società incorporanda si sarebbero trovati a concorrere con i creditori della incorporante su un patrimonio unico non più capiente senza, peraltro, poter esprimere il proprio voto ed essere stati previamente ascoltati ai fini dell'emissione del giudizio di fattibilità da parte dell'attestatore. Sul punto, infatti, come è dato evincere dalla sentenza in rassegna, la Corte d'Appello in sede di reclamo aveva rilevato, *in primis*, che l'esigenza della tutela dei creditori della società incorporata fosse stata rappresentata dal tribunale "in linea meramente teorica" e senza "alcun riscontro fattuale" dal momento che la consistenza del passivo della società incorporata era tale da



GIURISPRUDENZA E PRASSI

venir meno la necessità di far luogo – agli effetti della fattibilità giuridica del concordato – di un piano di rientro delle passività del terzo che si sarebbero inesorabilmente confuse con quelle della proponente. Di poi, la Corte d'Appello aveva deciso che la tutela dei creditori delle società partecipanti alla fusione fosse stata comunque assicurata dal diritto di opposizione di cui all'art. 2503 c.c.

Preme al Giudice di nomofilachia mettere in evidenza come il ragionamento effettuato dal giudice del reclamo non abbia colto appieno il significato dell'operazione di riorganizzazione concordataria intrapresa tra le due società, vale a dire aver compreso come l'operazione di fusione costituisse elemento essenziale e imprescindibile per l'attuazione del concordato, tanto da far ritenere necessaria l'acquisizione della "voice" dei creditori della società incorporanda ai fini dell'attestazione di fattibilità, in considerazione anche della maggiore solidità patrimoniale di tale ultima partecipante.

In effetti, tutti i creditori delle società partecipanti possono sterilizzare gli effetti dell'operazione della fusione (ex art. 2503 c.c.) e, conseguentemente, condizionare la fattibilità in concreto di un concordato incentrato su quell'operazione. Per tal motivo il giudice d'Appello era chiamato a stabilire se e come i creditori della società incorporata fossero stati considerati nell'relazione del professionista indipendente e, ragionevolmente, nel piano di concordato la cui fattibilità fosse stata attestata ai sensi dell'art. 161 l.f.

Al di fuori delle eccezionali ipotesi considerate nel richiamato art. 2503 c.c. (caso dei creditori anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di fusione che abbiano

prestato il consenso all'operazione ovvero pagamento dei creditori che non abbiano prestato il consenso, ovvero deposito delle somme corrispondenti presso una banca, o, in alternativa, relazione del revisore legale che asseveri sotto la propria responsabilità che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei creditori), la fusione può essere attuata solo trascorsi sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni nel registro delle imprese effettuata dalle società partecipanti all'operazione come impone l'art. 2502-bis c.c., producendo all'evidenza effetti sospensivi dell'operazione.

Occorreva, pertanto, che l'attestazione del professionista valutasse lo stato dell'arte non trascurando le possibili ricadute dell'opposizione dei creditori della incorporata rispetto all'assetto riorganizzativo concordatario e prendendo in considerazione le differenti ipotesi prospettabili.

Per *obiter*, la pronuncia fa cenno alla prospettiva *de futuro* di assorbire il rimedio declinato nell'art. 2503 c.c. nell'opposizione ex art. 180 l.f. anche a vantaggio dei creditori delle società partecipanti alla fusione ma estranei alla procedura di concordato. Sullo specifico aspetto, è doveroso rammentare che l'art. 6, comma secondo, della legge n. 155 /2017, recante la *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, prevede che l'opposizione dei creditori (tutti) possa essere proposta solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria (art. 6, comma secondo, lett. c, n. 1).



GIURISPRUDENZA E PRASSI

[Tribunale Roma, Sez. spec. Impresa, dec. del 20 luglio 2017](#)*Trasformazione di s.r.l. in liquidazione in trust liquidatorio: inammissibilità*

Ricorrono i presupposti di legge per disporre d'ufficio, ai sensi dell'art. 2191 c.c., la cancellazione della iscrizione della deliberazione di trasformazione di una s.r.l. in liquidazione in *trust* liquidatorio.

A parere del giudice del registro di Roma, appare preferibile accogliere la tesi in base alla quale le ipotesi di trasformazione eterogenea previste e disciplinate dal legislatore costituiscono un numero chiuso. Conseguentemente, non appare predicabile la trasformazione di una società di capitali in liquidazione in un *trust* liquidatorio e non è quindi accoglibile l'orientamento in base al quale la trasformazione oltre i casi espressamente previsti dalla legge sarebbe attuabile.

L'orientamento contrario, in base al quale sarebbe consentito all'autonomia privata espandersi al di là delle singole fattispecie di trasformazione eterogenea indicate dal legislatore, è avvalorato dalle seguenti argomentazioni:

- l'ammissibilità della trasformazione eterogenea atipica garantirebbe il principio di continuità nei rapporti giuridici ed il principio di economia degli atti negoziali secondo cui, se ad un determinato risultato può giungersi attraverso un procedimento indiretto, non può ritenersi illecito giungere al medesimo risultato attraverso un procedimento diretto;
- la trasformazione andrebbe intesa come operazione meramente organizzativa

conservandosi il vincolo di destinazione impresso a un patrimonio per l'esercizio dell'attività;

- l'ammissibilità della trasformazione in comunione d'azienda riconosciuta dalla giurisprudenza consentirebbe anche l'ammissibilità di altre ipotesi di trasformazione prive di continuità soggettiva, in quanto la comunione d'azienda non dà luogo, ovviamente, a soggettività giuridica;
- gli interessi dei soggetti coinvolti, soci e creditori sociali, sarebbero ampiamente garantiti, i primi, dall'esistenza di *quorum* rafforzati fino a richiedere l'unanimità e dal riconoscimento del diritto di recesso e, i secondi, dalla possibilità di proporre opposizione alla trasformazione (*ex art. 2500-novies c.c.*).

Di contro, le argomentazioni fondanti la tesi restrittiva, accolta dal provvedimento in rassegna, possono essere compendiate come di seguito:

- il dato letterale della norma, in base al quale il legislatore, pur in presenza di un ampio dibattito sul punto già esistente prima della riforma del diritto societario ha previsto che sia l'art. 2500 *septies* c.c. che l'art. 2500 *octies* c.c. si articolino in una elencazione di casi ben definiti e tra di loro non esattamente speculari (ad es. la trasformazione eterogenea progressiva è possibile solo da associazioni riconosciute e non da associazioni non riconosciute che invece possono procedere a trasformazione eterogenea regressiva). Tale scelta normativa induce a ritenere che il legislatore abbia voluto escludere, al di fuori dai casi espressamente regolamentati, che si possa procedere ad ulteriori trasformazioni;



GIURISPRUDENZA E PRASSI

- dall'esame degli enti in cui la società di capitali può trasformarsi (o dai quali può trasformarsi) emerge che tutte le figure indicate negli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. costituiscono modelli di svolgimento di attività con regole diverse da quelle individuali. Pertanto, la *ratio* della trasformazione eterogenea consisterebbe nella volontà di favorire il mantenimento delle formazioni organizzate anche solo per la destinazione di un patrimonio ad uno scopo, come nel caso delle fondazioni, ovvero nella comunione d'azienda, dove la presenza del profilo organizzativo è data da una attività comune avente ad oggetto i beni aziendali. Nelle trasformazioni eterogenee non si ha un mero mutamento della struttura organizzativa di un ente, ma l'adozione di una modificazione della stessa causa associativa e del relativo scopo dell'ente. L'eccezionalità dell'operazione costituirebbe, dunque, il portato della volontà del legislatore di limitare la possibilità della trasformazione eterogenea alle sole ipotesi tipiche e ritenute meritevoli di tutela, in un ponderato bilanciamento tra la tutela dell'impresa commerciale (nelle forme della società di capitali e degli enti espressamente indicati negli artt. 2500-*septies* ed *octies* c.c.) e dei soggetti che potrebbero astrattamente subire un pregiudizio;
- la trasformazione consente alla società di modificare radicalmente la propria struttura senza procedere allo scioglimento ed è evidente che l'istituto viene utilizzato proprio al fine di evitare gli effetti della liquidazione. È chiaro allora che la previsione della trasformazione tutela in via principale l'interesse della società a compiere un profondo riassetto organizzativo nella maniera più veloce ed efficiente, mentre in questo contesto gli interessi dei creditori dei soci e dei terzi in generale divengono secondari e per questo motivo ricevono una tutela specifica e diversa rispetto a quella garantita dai rimedi ordinari. Ed è proprio questa argomentazione che porta a ritenere che il legislatore non abbia volutamente inteso estendere la possibilità di trasformazione eterogenea oltre i limiti indicati, proprio perché assolutamente consapevole che una limitazione della tutela dei terzi e creditori potesse essere giustificata solo in casi particolari e non in maniera generalizzata;
- la giurisprudenza di legittimità dopo aver chiarito che l'operazione di trasformazione presuppone che si passi da un ente ad un altro ente, ha affermato, quindi, che non costituisce una trasformazione in senso tecnico quella di una società unipersonale in impresa individuale. In tal caso, piuttosto, si avrebbe lo scioglimento della società trasformata e l'assegnazione del suo patrimonio all'unico socio, tanto che la nascita dell'impresa individuale, cui quella collettiva trasferisce il proprio patrimonio, non precluderebbe la dichiarazione di fallimento della società entro un anno dalla sua eventuale cancellazione dal registro delle imprese. Siffatta vicenda non integra una trasformazione in senso tecnico ex art. 2498 c.c., distinguendosi per natura e per forma giuridica, ma un semplice conferimento dell'azienda sociale al socio unico superstite;



GIURISPRUDENZA E PRASSI

- ancora, se dovesse essere ritenuta ammissibile la trasformazione di società in impresa individuale dovrebbe essere, a rigore di logica, ammessa anche l'ipotesi inversa. Tuttavia, appare del tutto evidente che l'ordinamento pone a disposizione dell'imprenditore, persona fisica, lo strumento della costituzione per atto unilaterale della società di capitali, mediante conferimento in natura dell'azienda già in proprietà individuale. Non può essere, dunque, consentito che l'identico effetto si consegua per trasformazione in quanto, in tal modo, l'autore dell'operazione si svincolerebbe dagli effetti che l'ordinamento ricollega alla fattispecie attraverso la disciplina dei conferimenti, finendosi, quanto meno, per concretizzare una elusione dell'art. 2560 c.c. e delle conseguenze che l'effetto traslativo, inerente al conferimento dell'azienda o di singoli suoi beni, dovrebbe trarre con sé, attraverso la potenziale applicazione del più blando regime dell'art. 2500-*quinquies*, secondo comma, c.c., quando quest'ultimo regime trova in fondo giustificazione proprio in ciò, che presuppone pur sempre che un primo passaggio a rilevanza reale, costituito dall'originario conferimento nella società, vi sia comunque già stato (art. 2254 c.c.).

Le medesime ragioni, secondo il giudice, impediscono la trasformazione di una società di capitali in *trust* liquidatorio in quanto appare evidente la similitudine esistente con il caso inammissibile di trasformazione di società di capitali in impresa individuale. Il Trust non è, infatti, dotato di personalità giuridica, ma costituisce un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato e

formalmente intestati al *trustee*, che è l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto: sicché le affermazioni della giurisprudenza di legittimità in ordine alla impossibilità di concepire una trasformazione da società di capitali in impresa individuale sono certamente replicabili nella ipotesi di trasformazione da società di capitali in *trust* liquidatorio ove la società viene sostanzialmente mutata (non già in un soggetto, come pure avviene nella trasformazione in impresa individuale, ma) in un oggetto quale un insieme di beni sostanzialmente acefalo.

Non parrebbe nemmeno accoglibile il richiamo al principio di economia degli atti negoziali, sostenuto dalla tesi contraria, secondo il quale se ad un determinato risultato può giungersi attraverso un procedimento indiretto, non può ritenersi illecito giungere al medesimo risultato attraverso un procedimento diretto. Infatti, nel caso di trasformazione da società in liquidazione in *trust* liquidatorio è assai dubbia la stessa ammissibilità del risultato finale costituito dallo svolgimento della fase liquidatoria della società attraverso (non già il procedimento di liquidazione previsto dal codice, ma) il conferimento di tutti i beni ad un *trust*. In più occasioni, i giudici del registro, hanno rappresentato che il presupposto della cancellazione di società dal registro delle imprese è rappresentato dallo svolgimento della fase liquidatoria secondo le regole normativamente ed inderogabilmente previste. In altre parole, per le società di capitali, la cancellazione dell'ente (e la connessa estinzione) non consegue immediatamente al verificarsi di una causa di scioglimento, ma è il risultato di una fattispecie a formazione progressiva, articolata



GIURISPRUDENZA E PRASSI

nell'accertamento ad opera degli amministratori della causa di scioglimento, nella nomina assembleare del liquidatore, nella attività di liquidazione in senso proprio, culminante nella redazione del bilancio finale di liquidazione, recante l'indicazione della "parte spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo", bilancio solo all'approvazione del quale può poi far seguito la richiesta di cancellazione della società dal Registro delle imprese.

Le aperture della giurisprudenza di legittimità sul punto (cfr. Cass., 9 maggio 2014, n. 10105) secondo cui il *trust* che viene concluso per sostituire *in toto* la procedura liquidatoria potrebbe dirsi vietato, qualora si esigesse che esso assicuri un *quid pluris* rispetto agli strumenti già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno, precisandosi però che non sembra che l'ordinamento imponga questo limite, alla luce del sistema rinnovato dalle riforme attuate negli ultimi anni, che ammettono la gestione concordata delle stesse crisi d'impresa non convincono il giudice del registro. Appare, infatti, del tutto evidente come il conferimento dei beni in *trust* liquidatorio lede i diritti dei creditori che non hanno modo di controllare lo svolgimento della fase di liquidazione né di partecipare alla gestione della crisi di impresa (come avverrebbe nell'ambito di una procedura concorsuale). E ciò vale, in particolar modo, per quelle ipotesi in cui - come appunto la fattispecie in esame - all'operazione (trasformazione in *trust* o attribuzione al *trust* e contestuale cancellazione dal registro) non residui più un ente societario.

In tal modo, la liquidazione della società diviene soltanto apparente e, comunque, inammissibilmente contraria al tipo legale: la trasformazione in *trust* diviene, dunque, il

mezzo per eludere la disciplina della liquidazione: per tale ragione una simile operazione non è in alcun modo *riconoscibile* dall'ordinamento, non apparendo gli interessi ad essa sottesi meritevoli di tutela.

La verifica di riconoscibilità da parte dell'ordinamento di una determinata operazione societaria rientra certamente nell'ambito dei controlli devoluti al giudice del registro.

In relazione a tali controlli, la pronuncia chiarisce come sia noto che al giudice del registro è demandato il c.d. *controllo qualificatorio* in forza del quale egli non deve limitarsi a verificare la regolarità e la completezza della domanda di iscrizione sotto il profilo formale, ma deve altresì procedere alla *qualificazione* dell'atto presentato per l'iscrizione, onde accertare se sia conforme al modello di atto previsto dalla legge per il quale è prescritta l'iscrizione. In altre parole, è riconosciuto al giudice del registro il potere di verificare se l'atto di cui si richiede l'iscrizione integri gli estremi della fattispecie per cui è richiesta l'iscrizione e, quindi, se l'atto da iscrivere corrisponda al modello legale (controllo di tipicità).

Nonostante, come detto, sia certo che non ricorra la suddetta riconoscibilità dell'operazione in esame, è opportuno domandarsi se, una volta intervenuta l'iscrizione dell'atto di trasformazione nel registro delle imprese, il disposto di cui all'art. 2500-*bis* primo comma c.c. - a mente del quale, una volta eseguita la pubblicità, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può più essere pronunciata - precluda al giudice del registro di procedere alla cancellazione della iscrizione della trasformazione, attuando, con ciò il legislatore, la c.d. *pubblicità-sanante*, in base alla quale l'iscrizione nel registro delle imprese,



che produce gli effetti costitutivi della vicenda, segna il limite oltre il quale non è più possibile far valere l'invalidità dell'operazione.

Tuttavia, ad avviso del giudice del registro, la sanatoria dei vizi non può operare nel (diverso) caso di non riconoscibilità radicale dell'operazione.

In punto la giurisprudenza di legittimità ha affermato, in tema di fusione tra società, che la preclusione della declaratoria di invalidità dell'atto di fusione, sancita dall'art. 2504-*quater* c.c. tutela l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici, sicché, quando l'iscrizione di un atto di fusione nel registro delle imprese sia avvenuta, pur se si voglia ipotizzare una ragione d'inesistenza giuridica di una delle deliberazioni assembleari propedeutiche all'atto e assunte dalle società interessate all'operazione, non ne consegue la giuridica inesistenza anche dell'atto di fusione, restando perciò esclusa la possibilità d'impugnarlo al fine di farne venir meno gli effetti o di mettere in discussione gli effetti da esso già prodotti. Tuttavia, tale conclusione non è adottabile nel caso di specie, in cui il risultato dell'atto di trasformazione seppur pubblicizzato, non è radicalmente riconoscibile.

In altre parole, appare del tutto evidente la differenza che intercorre tra l'invalidità degli atti procedurali da cui ha preso origine l'atto e l'impossibilità giuridica di riconoscere l'effetto stesso di quell'atto.

In definitiva, non essendo l'operazione di trasformazione da ente societario in liquidazione in *trust* liquidatorio riconoscibile per l'ordinamento, la cancellazione dell'iscrizione dell'atto di trasformazione non può dirsi preclusa nemmeno dalla disposizione di cui all'art. 2500-*bis* c.c..

Giurisdizione

Penale societario

[Cass. Pen., Sez. V, n. 17163 del 17 aprile 2018](#)

Scissione di società dichiarata fallita e configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione

La scissione che, allo scopo di superare lo stato di difficoltà in cui versa l'impresa, è volta alla separazione delle passività (il c.d. *badwill*) dalle attività (il c.d. *goodwill*), trasferite ad una società di nuova costituzione, c.d. *new company*, integra il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, qualora tale operazione, sulla base di una valutazione che tenga conto della effettiva situazione debitoria in cui operava l'impresa scissa, successivamente dichiarata fallita, al momento della scissione, si riveli volutamente depauperativa del patrimonio aziendale e pregiudizievole per i creditori nella prospettiva della procedura concorsuale. Il suddetto principio viene ribadito dai giudici di legittimità i quali hanno nuovamente affermato che ciò che rileva è che una determinata operazione, anche astrattamente riconducibile ad una categoria di atti gestionali leciti e disciplinati dall'ordinamento (ad esempio, l'affitto di azienda, in determinate condizioni, avente ad oggetto l'intero complesso aziendale della fallita, in modo da privare quest'ultima della concreta possibilità di proseguire nella propria attività), per le modalità con le quali è stata realizzata, si presenti come produttiva di effetti immediatamente e volutamente depauperativi del patrimonio ed in prospettiva pregiudizievoli per i creditori laddove si addivenga ad una procedura concorsuale. Tanto vale alla luce della considerazione



GIURISPRUDENZA E PRASSI

secondo cui le tutele previste dall'art. 2506 e ss. c.c. non risultano di per sé idonee ad escludere ogni danno o pericolo per le ragioni creditorie (Sez. 5, n. 20370 del 10/04/2015, Piscedda, Rv. 264078), va dunque sottolineato che, ai fini del giudizio sulla configurabilità del reato, è necessaria "una valutazione in concreto", che tenga conto della "effettiva situazione debitoria in cui versava la società poi fallita al momento della scissione", essendo pacifico, ai fini penalistici, che uno schema civilisticamente lecito (come la scissione) possa essere utilizzato per realizzare uno scopo penalmente illecito.

[Cass. Pen., Sez. III, n. 15786 del 09 aprile 2018](#)

Responsabilità del socio accomandatario per il reato di omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali

Il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, di cui all'art. 2 del D.L. 12 settembre 1983, n. 463, è perseguito a titolo di dolo generico, ed è integrato dalla consapevolezza e dalla volontà dell'omissione o della tardività del versamento delle ritenute. In forza di tanto, il reato è ravvisabile anche quando il datore di lavoro, a causa di una situazione di difficoltà economica, abbia preferito pagare gli emolumenti ai dipendenti o mantenere i mezzi utili allo svolgimento dell'attività di impresa, omettendo il versamento delle ritenute assistenziali e previdenziali all'erario, essendo suo onere quello di ripartire le spese esistenti all'atto della corresponsione delle retribuzioni, in modo da adempiere al proprio obbligo contributivo anche se ciò comporta l'impossibilità di pagare i dipendenti nel loro intero ammontare. A tal proposito, si rileva che l'obbligo di versare le suddette ritenute grava

sul "datore di lavoro" e tale qualificazione, nelle imprese collettive, compete al soggetto che, in base al tipo ed all'organizzazione dell'impresa ha la responsabilità della stessa o della singola unità produttiva. Sicché nella società in accomandita semplice tale potere spetta al socio accomandatario al quale è stata conferita l'amministrazione della società e, quindi, la rappresentanza nei rapporti con i terzi. Inoltre, per la configurabilità di tale reato, il dolo deve sussistere al momento della condotta omissiva, e non può essere sopperito dalla successiva conoscenza delle violazioni, già consumate, a seguito della notifica dell'avviso di accertamento dell'Inps, che rileva unicamente per consentire l'eventuale ravvedimento operato del soggetto fino a quel momento inadempiente.

PRASSI

Massima H.G.38 del Comitato Interregionale dei Consigli notarili delle Tre Venezie

Modalità di esercizio della compensazione tra debito per sottoscrizione di un aumento a pagamento del capitale e credito per finanziamento soci – 1° pubbl. 9/16

Sul tema dell'ammissibilità della compensazione del debito assunto dal socio a seguito alla sottoscrizione dell'aumento di capitale (c.d. debito da conferimento) con il credito dello stesso socio derivante da un finanziamento precedentemente concesso alla società, già affrontato con la sentenza in rassegna della Corte di Cassazione, Sez. I civ., n. 3946/2018, è intervenuto recentemente il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle tre Venezie con la massima H.G.38 (9/16), chiarendo le modalità di esercizio della



GIURISPRUDENZA E PRASSI

compensazione tra debito per sottoscrizione di un aumento a pagamento del capitale e credito per finanziamento soci. Più specificatamente, ritenendo lecita la compensazione anche nel caso di azzeramento del capitale sociale e conseguente aumento, si precisa che non si rende necessaria alcuna specifica autorizzazione in delibera per consentire l'attivazione della compensazione tra debiti liquidi ed esigibili. Al ricorrere di una simile ipotesi, infatti, troverà applicazione la disciplina degli artt. 1241 e ss. c.c., con la conseguenza che la compensazione potrà essere opposta dal socio sottoscrittore ogniqualvolta ricorrano tutte le condizioni poste dall'art. 1243 c.c. (ai sensi del quale la compensazione legale si verifica solo tra due debiti che hanno per oggetto una somma di denaro e che sono ugualmente liquidi ed esigibili).

Qualora non ricorrano le condizioni per la compensazione legale di cui agli artt. 1243 e 1246 c.c., secondo la citata massima, troverà applicazione la disciplina dettata in materia di compensazione volontaria di cui all'art. 1252 c.c. In tal caso, spetterà all'organo amministrativo decidere sull'ammissibilità della compensazione volontaria, ove l'assemblea dei soci non abbia deliberato al riguardo. Si rammenta che il summenzionato art. 1252 c.c. consente alle parti di accordarsi in merito alla compensazione delle reciproche posizioni anche nei casi in cui i presupposti per poter compensare legalmente i debiti non ricorrano.

La massima chiarisce infine che, nel caso in cui nel contratto di finanziamento tra socio e società sia stata espressamente esclusa la facoltà di compensazione tra credito per finanziamento e debito per sottoscrizione in

caso di aumento del capitale, la compensazione legale rimane esclusa ai sensi dell'art. 1246, n. 4, c.c. potendo dunque operare solo la compensazione volontaria. Anche in questo caso spetterà all'organo amministrativo decidere sull'ammissibilità della compensazione volontaria, ove l'assemblea dei soci non abbia deliberato al riguardo.

In modo conforme si è espresso anche il Consiglio Notarile di Milano con la massima n. 125 del 5 marzo 2013 "Aumento di capitale e compensazione di crediti", chiarendo che qualora tale compensazione sia legale e abbia quindi ad oggetto debiti certi, liquidi ed esigibili ai sensi dell'art. 1243 c.c., la medesima potrà operare a prescindere da un'espressa previsione nella delibera di aumento e a prescindere dal consenso espresso - in qualsiasi forma dato - da parte dell'organo di amministrazione della società che riceve la sottoscrizione. La compensazione opererà pertanto in via automatica, ricorrendo tutti i presupposti della compensazione legale, per come disciplinata dal codice civile. Qualora invece il sottoscrittore intenda avvalersi, a tali fini, di un credito certo e liquido, ma non esigibile, la compensazione non potrà che operare in via volontaria secondo quanto previsto dall'art. 1252 c.c. In tal caso, la massima sottolinea che è opportuno che il verbale assembleare, che attesti la contestuale sottoscrizione e la compensazione, faccia menzione del consenso della società rilasciato evidentemente dall'organo amministrativo.



Novità

Whistleblowing

Presso Banca d'Italia e Consob sono stati attivati i canali telematici per la trasmissione delle segnalazioni di violazioni di norme che disciplinano l'attività delle società, nonché di violazioni del Regolamento (UE) n. 596/2014, per come imposto dalla Direttiva di esecuzione (UE) 2015/2392. L'adempimento di tali obblighi, che origina altresì dal loro recepimento nell'ordinamento interno avvenuto per tramite del d.lgs. n. 72/2015 e del d.lgs. n. 129/2017 e per tramite della legge n. 179/2017, comporta l'adozione di specifiche procedure volte alla ricezione delle segnalazioni pervenute alle autorità di Vigilanza e al conseguente "trattamento" delle medesime, al fine di porre in essere gli eventuali opportuni provvedimenti.

Ai sensi degli artt. 4-*undecies* TUF e 52-*bis* TUB, infatti, società emittenti, banche e imprese di assicurazione, sono tenute ad adottare specifiche procedure per raccogliere le segnalazioni effettuate dal personale in relazione a violazioni di norme concernenti l'attività svolta e in relazione a violazioni del Regolamento (UE) n. 596/2014. Tali procedure devono:

- garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione;
- tutelare adeguatamente il soggetto segnalante da possibili condotte ritorsive o discriminanti o comunque da condotte sleali poste in essere dalla società a seguito della segnalazione;
- destinare alla segnalazione un canale

specifico, autonomo ed indipendente da altre forme impiegate per comunicazioni di notizie e/o atti.

Nell'ottica della piena tutela del lavoratore segnalante, il legislatore ha premura di precisare che, al di fuori dei casi in cui ricorrono gli estremi dei reati di calunnia o diffamazione e, al di fuori delle ipotesi in cui il dipendente incorra in responsabilità aquiliana, la presentazione della segnalazione non costituisce violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

Sia l'art. 4-*duodecies* TUF, sia l'art. 52-*ter* TUB, poi, impongono che Consob, Ivass e Banca d'Italia si dotino di specifiche procedure per la ricezione delle segnalazioni effettuate dai dipendenti al fine di avvalersi delle informazioni estraibili, laddove rilevanti, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza.

Per quanto concerne le società che svolgono la propria attività in settori non vigilati, si segnala che le procedure per la segnalazione da parte dei soggetti che rivestono posizioni apicali e da parte dei dipendenti sono state espressamente contemplate nell'art. 2 della legge n. 179/2017. In forza di tale ultima disposizione, le società sono tenute ad implementare i modelli organizzativi adottati ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 con uno o più canali che consentano di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente medesimo, segnalazioni circostanziate di condotte illecite rilevanti e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente di cui i dipendenti siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte, garantendo al



NOVITÀ

contempo la piena riservatezza dell'identità del segnalante.

GDPR: nuove regole privacy

A partire dal 25 maggio trova piena applicazione il Regolamento (UE) 679/2016, cd. General Data Protection Regulation (GDPR).

Le nuove regole dettata in materia di protezione dei dati personali vantano un ambito applicativo significativamente ampio incidendo sulle attività di trattamento dei dati personali svolte da professionisti, imprese, società, fondazioni, altri enti associativi ed enti pubblici che assumano la qualifica di Titolari del Trattamento dei dati delle persone fisiche.

Oltre a prevedere l'obbligo di rispettare l'innovativo principio di accountability, in forza del quale il titolare del trattamento è tenuto a porre in essere tutte le misure tecniche e organizzative adeguate per garantire ed essere in grado di dimostrare che il trattamento dei dati personali degli interessati è effettuato nel rispetto dei principi dettati dall'art. 5, par. 1, e delle altre norme del GDPR, la norma comunitaria introduce nuove figure soggettive e strumenti di carattere organizzativo e con funzioni di controllo idonei nell'ambito dell'organizzazione aziendale.

Si segnala, inoltre, che il decreto legislativo, destinato a coordinare alcune disposizioni previste dal Regolamento con la disciplina interna, delegato dall'art. 13 della Legge 25 ottobre 2017, n. 163 (cd. "Legge di delegazione europea 2016 - 2017"), non è stato ancora adottato. Il termine per la sua adozione, in forza dell'applicazione del meccanismo previsto dall'art. 31, comma terzo, della legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante "*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla*

formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea", è prorogato al 21 agosto.

Pertanto, a partire dal 25 maggio, deve effettuarsi di volta in volta un'apposita verifica di compatibilità tra le norme di disciplina interna e quanto disposto dal Regolamento, essendo le prime destinate, come noto, a cedere in ragione della prevalenza delle norme comunitarie.

Protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate

Concluso l'esame alla Camera e al Senato, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva lo [schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva \(UE\) 2016/943 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate \(segreti commerciali\) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti](#). Il provvedimento è in attesa di essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale. Lo schema di decreto, che, tra l'altro, sostituisce "segreti commerciali" all'espressione "informazioni aziendali riservate" di cui all'art. 2 d.lgs. n. 30/2005, attua la Direttiva (UE) 2016/943 prevedendo misure sanzionatorie penali e amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive laddove tali informazioni vengano acquisite, utilizzate o divulgate.



Hanno collaborato a questo numero

Cristina Bauco

Ricercatrice area giuridica Fondazione Nazionale dei Commercialisti

Lorenzo Magrassi

Ricercatore area aziendale Fondazione Nazionale dei Commercialisti

Maria Adele Morelli

Ricercatrice area giuridica Fondazione Nazionale dei Commercialisti

Gabriella Trinchese

Ricercatrice area giuridica Fondazione Nazionale dei Commercialisti

PER EVENTUALI SUGGERIMENTI: INFORMATIVA@FNCOMMERCIALISTI.IT

