

DIRITTO SOCIETARIO ■ Definite le caratteristiche della garanzia per il socio con opere e servizi

# Conferimenti, sì alla polizza

Sarà pronto entro fine settembre il decreto correttivo con gli ultimi aggiustamenti sulla riforma

ROMA ■ Definita la polizza sui conferimenti in natura. Integrati i regolamenti sulla conciliazione e quello sui professionisti nei collegi sindacali. Tracciata la tabella di marcia per la redazione delle nuove correzioni. La riunione di ieri pomeriggio dei coordinatori della commissione Vietti è servita per mettere a punto una serie di questioni ancora aperte sulla fase attuativa della riforma del diritto societario.

Tra queste la stesura di uno schema di Dpcm che definisce le caratteristiche della polizza fideiussoria e della fideiussione bancaria prevista dal nuovo articolo 2464 del Codice civile che disciplina la materia dei conferimenti di opere e servizi a favore della società. La

norma prevede infatti che gli obblighi assunti dal socio per la prestazione di opere o servizi possono essere garantiti per l'intero valore assegnato (valore che deve essere determinato con l'intervento di una relazione giurata di un esperto o di una società di revisione) da una polizza o da un'assicurazione bancaria. La riunione di ieri è servita per chiarire le caratteristiche che la garanzia dovrà possedere per

essere considerata efficace. Inoltre, i coordinatori hanno provveduto a integrare il regolamento (si veda «Il Sole-24 Ore» del 16 giugno) con l'identikit dei professionisti, iscritti ad Albi ma non al Registro dei revisori contabili, ammessi a fare parte dei collegi sindacali. Oltre ad avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e consulenti del lavoro, fanno adesso il loro ingresso anche i notai. Invece, sul

versante dei regolamenti che precisano caratteristiche e tariffe degli organismi di conciliazione, è in vista un ritocco, sollecitato dal ministero dell'Economia, sugli importi e sul loro rilievo ai fini Iva.

Per quanto riguarda il futuro decreto correttivo, lo stesso sottosegretario alla Giustizia Michele Vietti è netto: «I tempi a disposizione sono molto stretti: non potremo andare oltre la fine di settembre per la preparazione del testo. Bisogna poi lasciare al Parlamento i 60 giorni di tempo per esprimersi. Per questo è fondamentale che tutte le categorie e gli interessati dalla riforma ci facciano arrivare

le indicazioni per possibili correzioni. È evidente però che non sono in vista stravolgimenti della riforma: le correzioni dovranno essere circoscritte a semplici aggiustamenti della disciplina in vigore».

del decreto correttivo non permettono di andare oltre con la messa in regola degli statuti e degli atti costitutivi delle società».

A preoccupare la commissione Vietti c'è infine, il disegno di legge per la tutela del risparmio. Al di là del fallimento del percorso bipartisan sancito ieri alla Camera per arrivare a un'approvazione in tempi rapidi, i dubbi riguardano una serie di aspetti e, in particolare, la disciplina che potrebbero assumere i gruppi. Una disciplina che, nella riunione di ieri, è stata considerata in contrasto con quanto stabilito solo pochi mesi fa dalla riforma.

GIOVANNI NEGRI

## La fideiussione

Le caratteristiche principali della garanzia sui conferimenti

- **Oggetto.** Gli importi, l'intero ammontare del versamento in denaro o del valore attribuito al conferimento in natura per cui è prestata la garanzia devono risultare dall'atto costitutivo o dalla decisione di aumento di capitale, di cui il garante ha l'obbligo di acquisire i documenti
- **Durata.** La garanzia deve essere prestata per tutta la durata dell'impegno del socio e può cessare anticipatamente solo su richiesta congiunta del socio e della società
- **Obblighi.** Il garante ha l'obbligo di versare le somme dovute dal socio a semplice richiesta della società e non può opporre eccezioni di sorta derivanti dal suo rapporto con il socio; quest'ultimo, a sua volta, non può opporre eccezioni alla richiesta della società e al pagamento da parte del garante
- **Trasferimento.** Il trasferimento della partecipazione per successione non determina la cessazione della garanzia: la società ha l'obbligo di comunicare immediatamente al garante le generalità dei nuovi soci; il garante ha diritto di porre termine alla garanzia entro un mese dal giorno in cui comunque ne abbia avuto conoscenza. Nel trasferimento tra vivi la garanzia permane per il periodo di tre anni dall'iscrizione nel libro soci

La legge di riforma del diritto societario si è espressamente occupata del problema dell'intreccio tra una procedura di fusione e una contemporanea operazione sul capitale da farsi nella società incorporante o risultante dalla fusione. In altri termini, si tratta, ad esempio, dei seguenti casi:

- si incorpora una società di persone in una società di capitali, con aumento del capitale di quest'ultima;
- si fondono una società di persone con una società di capitali, con creazione di una nuova società che abbia un capitale superiore a quello che aveva la società di capitali partecipante al-

l'operazione; ■ si fondono due società di persone con creazione di una nuova società di capitali.

**Quando serve la perizia di stima.** Trattandosi di passare nel capitale di una società di capitali il valore patrimoniale (in tutto o in parte) di una società di persone occorre (così come è disposto in sede di conferimento in natura oppure di trasformazione da società di persone a società di capitali) che il valore "prelevato" dalla società di persone e imputato al

capitale di una società di capitali venga fatto oggetto di perizia di stima giurata.

Il nuovo articolo 2501-sexies dispone, nell'ultimo comma, che al revisore contabile o alla società di revisione incaricati di redigere la relazione di congruità sul rapporto di congegno deve essere pure affidata la relazione di stima del patrimonio della società di persone che partecipa all'operazione di fusione nella quale si forma una nuova società di capitali o

# La perizia raddoppia nelle fusioni tra società

aumenta il valore nominale del capitale di una società di capitali preesistente.

Quindi, l'affidamento agli esperti, incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio, dell'incarico di redigere altresì la relazione di stima del patrimonio della società di persone che partecipa all'operazione di fusione presuppone (si veda la massima n. 27 elaborata dall'apposita commissione istituita presso il Consiglio notarile di Milano, pubblicata dal Sole 24 Ore del 26 marzo scorso);

- che almeno una delle società partecipanti alla fusione sia una società di persone;
- che la società risultante

dalla fusione, nel caso di società di nuova costituzione, sia una società di capitali ovvero, nel caso di società preesistente, sia una società di persone interamente possedute;

■ nel caso in cui non si proceda ad aumento di capitale della incorporante società di capitali stante l'identità soggettiva e quantitativa delle compagini sociali.

**Quando la perizia non serve.** Invece, nel caso di operazione incorporazione

in una società di capitali di una società di persone, nella quale le azioni o quote da assegnare in congegno ai soci della società di persone incorporata vengano "reperite" mediante "restringimento" delle partecipazioni dei soci della società incorporante, si deve bensì far luogo alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, ma gli stessi non sono tenuti alla relazione di stima del patrimonio della società incorporata in quanto tale relazione presuppone necessariamente una imputazione del conferimento a capitale sociale e/o a sovrapprezzo.

ANGELO BUSANI

PENTITI ■ A rischio i processi già conclusi

# Sui verbali parola alle Sezioni unite

ROMA ■ Sui processi per mafia rischia di cadere la scure delle Sezioni unite della Cassazione. Nel mirino la legge che disciplina le modalità con le quali vengono rese le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia. Sui "pentiti" si gioca così una partita che potrebbe avere come esito, se venissero accolte le tesi più volte sostenute dalle difese di imputati accusati dai collaboratori, la riapertura di una serie di processi contro la criminalità organizzata.

Con l'ordinanza n. 29863 la Sesta sezione penale ha infatti sottoposto due distinte questioni al giudizio delle Sezioni

unite: «In ogni caso alla redazione del verbale, per qualsiasi tipo di collaborazione. In caso contrario le dichiarazioni rese sono inutilizzabili a fini processuali».

Ora la Sesta sezione penale prende atto del conflitto tra diverse sentenze penali della medesima Corte e rinvia la decisione finale alle Sezioni unite. Che, nel caso dovessero accogliere il punto di vista più favorevole, potrebbero determinare la nullità delle rivelazioni rese dai pentiti in tutti quei processi in corso nel 2001 nei quali non è stato redatto alcun verbale.

Di più. A rischiare di compromettere processi già conclusi potrebbe essere l'altra

«Le questioni processuali proposte dalla difesa (...) appaiono meritevoli, a giudizio di questa Sezione della Corte di cassazione, di essere rimesse al giudizio delle Sezioni unite».

La prima di esse concerne l'interpretazione dell'articolo 25, legge 13 febbraio 2001, n. 45, relativamente alla quale sussiste contrasto di giurisprudenza. Da un lato, infatti, si è affermato (Sezione I, 8 marzo 2002, Pranno, sezione VI, 4 giugno 2003, Torrisi) che la norma non riguarda le posizioni dei collaboratori che hanno esaurito la collaborazione (o hanno in corso una collaborazione iniziata precedentemente all'entrata in vigore della legge citata). Dall'altro si ritiene che in ogni caso si deve procedere alla redazione del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione entro 180 giorni dal vigore della stessa legge, pena la inutilizzabilità delle dichiarazioni (Cassazione, sezione V, 13 marzo 2002, Bagarella).

Si tratta di un caso che, per l'ordinanza depositata ieri, presenta un «zona d'ombra» sull'applicazione delle regole del giusto processo, visto che sino a questo momento si era ritenuto che la nozione di interrogatorio non potesse essere automaticamente tradotta nel caso delle rivelazioni dei pentiti. Se la futura pronuncia delle Sezioni unite dovesse essere favorevole alla linea sostenuta dai legali degli imputati e dei condannati in più processi, la portata della ritenuta applicabilità dell'articolo 64 anche alle dichiarazioni dei collaboratori potrebbe anche essere più larga del singolo caso preso in considerazione che riguarda solo una delle fattispecie possibili.

G.N.E.

INTERVENTO

# Sanzioni alle imprese, paracadute per i gruppi

DI FRANCESCO DENOZZA \*

Il decreto legislativo che disciplina la responsabilità amministrativa delle società (231/01) prevede, accanto alle sanzioni pecuniarie, anche le sanzioni interdittive. Si va dall'interdizione dall'esercizio dell'attività al divieto di pubblicizzare beni o servizi, passando per una serie di sanzioni intermedie, come quello di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il Dlgs, all'articolo 14, stabilisce che il tipo e la durata di queste sanzioni debbano essere determinati sulla base dei criteri (fissati dall'articolo 11) di commisurazione delle sanzioni pecuniarie. Nonostante questo richiamo, l'applicazione delle sanzioni interdittive richiede valutazioni più complesse, delicate e soprattutto più prudenti di quelle che possono giustificare le sanzioni pecuniarie.

Ciò non solo perché, come sottolinea la relazione al decreto, si tratta di sanzioni particolarmente invasive e temute, che la legge delega impone di applicare solo nei casi più gravi, ma anche perché le sanzioni interdittive hanno una peculiare funzione in cui l'aspetto preventivo va considerato come prevalente su quello deterrente.

Da questa caratteristica derivano alcune peculiarità che meritano di essere sottolineate. La prima è che l'erogazione della sanzione può essere non solo mitigata, ma addirittura esclusa dal comportamento successivo all'illecito (l'articolo 17 prevede l'inapplicabilità in presenza di alcuni presupposti come il risarcimento del danno e l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato). La seconda è che l'ambito di applicazione della sanzione è rigorosamente limitato alla «specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente» (articolo 14, comma 1).

Questa specificazione è importante e va interpretata con rigore, per almeno due motivi. Il primo si riconnette alla prevalenza della funzione preventiva. Un'interdizione estesa a tutta l'attività dell'ente non avrebbe alcun senso in una prospettiva orientata a prevenire il compimento dell'azione. Il secondo motivo si collega al riconoscimento dell'esistenza di settori di attività in cui il rischio di illeciti, e i costi della prevenzione, sono molto più elevati che in altri. È interesse generale che costi, rischi e ricavi di ciascuna attività restino rigorosamente separati e che vengano scoraggiate le attività più rischiose e incentivate quelle meno rischiose. Il fatto che un solo ente svolga diverse attività non è una buona ragione per creare confusione.

La separazione e la gradazione delle sanzioni deve essere rigorosamente mantenuta anche in questo caso, perché essa non risponde solo a esigenze equitative, ma è un fattore di efficienza

che opera nell'interesse pubblico a che le risorse (anche quelle per la prevenzione di reati) siano impiegate in modo da ottenere il miglior rapporto costi-benefici.

L'ultima peculiarità che merita di essere sottolineata riguarda il legame tra l'estensione della sanzione e gli assetti organizzativi dell'ente coinvolto. Il Dlgs disciplina gli effetti di una serie di vicende modificative dell'ente, ma non affronta direttamente il problema dell'applicazione della sanzione nei gruppi di società. Qualcuno potrà osservare che trattandosi di una responsabilità di tipo "semi-penale" il principio della personalità della sanzione deve essere osservato in maniera rigorosa e che, perciò, non c'era nulla da disciplinare, certo essendo che anche nei gruppi ciascuna società persona giuridica distinta, sopporta le conseguenze dei suoi atti e mai quelle degli atti di altri.

Si ritiene, tuttavia, che a questo argomento formale ne possano essere accostati altri. Prima di tutto l'articolo 30, comma 3 prevede che in caso di scissione le sanzioni interdittive si applichino «agli enti cui è rimasto o è stato trasferito (...) il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso».

Sembra così desumibile un principio generale per cui ciò che conta non è la titolarità del controllo giuridico in ultima istanza (che, in caso di scissione, resta in capo agli stessi soci), ma l'effettiva legittimazione a intervenire sulla specifica disfunzione organizzativa che ha consentito il compimento degli atti che il Dlgs 231 intende scoraggiare. Legittimazione che, nel caso dei gruppi, spetta sicuramente agli amministratori di ciascuna società, e nei casi di scissione o di conferimento di azienda tocca ai soli amministratori della società (conferitaria, scissa o beneficiaria) che ha conservato, o ereditato in un colpo solo, l'attività e la connessa disfunzione organizzativa.

Si può rilevare, infine, che questa soluzione contrasta all'espansione dell'ambito di applicazione delle sanzioni interdittive risponde anch'essa a precise esigenze di efficienza. Porre a carico di una società gli effetti di disfunzioni riscontrate nel funzionamento di un'altra finirebbe per indurre gli amministratori di ciascuna società del gruppo a chiedersi se valga la pena adottare costose misure di prevenzione quando esiste comunque la possibilità di rispondere dei comportamenti tenuti dagli amministratori di altre società del gruppo. La società che ha adottato le misure congrue rispetto alla sua attività non deve subire la punizione riservata all'ente (sia pure dello stesso gruppo) che ha preferito accettare il rischio dell'illecito.

\* Ordinario di Diritto Commerciale all'Università di Milano

Le misure interdittive limitate all'attività cui si riferisce l'illecito

Non è possibile porre a carico di un'azienda le disfunzioni riscontrate in un'altra

CONSIGLIO DI STATO ■ I Comuni possono prorogare la somministrazione di beni e servizi

# Contratti di forniture con rinnovo

L'atto deve essere «esplicito» altrimenti la decisione è nulla

I Comuni possono disporre con atto formale la proroga dei contratti di fornitura di beni e servizi, ma non possono prevedere né il rinnovo né la proroga tacita. Lo ha stabilito il Consiglio di Stato con una decisione (n. 2961/20004 della V sezione), che detta le linee per differenziare proroga e rinnovo dei contratti di fornitura di beni e servizi.

È consentito agli enti locali disporre, ma con atto formale, ovvero con la manifestazione in modo esplicito della propria volontà, la proroga della esecuzione dei contratti di prestazione di beni e servizi. Le disposizioni introdotte dall'articolo 6 della legge 537/93, nel testo modificato dall'articolo 44 della legge 724/94, inibiscono il rinnovo tacito, stabilendo così una chiara differenziazione con gli atti che discendono da una volontà espressa in termini formali da parte delle pubbliche amministrazioni. Allo stesso modo è vietato rinnovare disposizioni contrattuali quando si introducono novità significative sul contenuto delle prestazioni, sulle modalità di svolgimento, sul corrispettivo.

In questi casi il legislatore dispone la sanzione della nullità: la previsione di

queste due ipotesi di illegittimità è dettata dalla finalità di evitare che i soggetti pubblici possano bypassare la prescrizione di carattere generale per la quale si impone, in linea generale, il ricorso a procedure selettive pubbliche, cioè alle gare, come meccanismo di scelta del contraente.

Non rientra in tale divieto la proroga dei contratti in corso ovvero, con termini più precisi, della «prosecuzione dell'efficacia degli stessi». Questo istituto si concretizza nella possibilità offerta all'ente di chiedere il prolungamento della prestazione offerta dal contraente privato. Si tratta di un diritto potestativo, che può essere esercitato entro il limite della durata novennale del contratto, ovviamente a condizione che il suo importo rientri in quello delle «spese ordinarie» e che le condizioni siano le stesse, o migliori, di quelle contenute nel contratto iniziale.

La facoltà non lede i principi di concorrenza

Per la quinta sezione del Consiglio di Stato, «non vi è lesione dell'affidamento del partecipante alla gara che sia poi aggiudicatario, posto che la conoscenza di tale facoltà e la sua accettazione sono dimostrate dalla sottoscrizione ovvero dalla pubblicità degli atti di gara che tale facoltà prevedono».

Allo stesso modo, si deve escludere la lesione dei principi di trasparenza e di tutela della concorrenza, perché la possibilità della proroga è posta a conoscenza di tutti i partecipanti alla gara e quindi «tutti possono tenerne conto ai fini della partecipazione alla gara e della formulazione delle proprie offerte». In tali casi infine viene anche tutelata l'autonomia dell'ente, che può scegliere, nell'ambito della «durata massima prevista per i contratti a prestazioni continuative e periodiche che prevedono spese ordinarie», la durata del rapporto «previo gradimento dell'esecutore e verifica dell'interesse pubblico a proseguire nello svolgimento del servizio alle condizioni in atto». In altri termini, non vi sono ragioni per limitare «l'ambito delle scelte di autonomia privata dell'ente».

ARTURO BIANCO

# Niente riscatto anticipato sulla distribuzione del gas

Dlgs 164/2000, ponendo a gara l'affidamento del servizio e conseguendone così vantaggi economici e gestionali. Nel corso del giudizio la amministrazione comunale di Imperia si è spinta a sollevare il dubbio di legittimità costituzionale delle nuove disposizioni per contrasto con i principi della libera concorrenza, ove non dovessero più consentire la possibilità del riscatto anticipato.

Per la quinta sezione del Consiglio di Stato non è da considerare come compatibile con le nuove disposizioni, anche se non è stata formalmente abrogata dalle nuove disposizioni, la possibilità di riscatto anticipato contenuta nel Tu; possibilità che era direttamente collegata alla chance offerta dalla normativa agli enti locali di «assumere direttamente gli impianti e l'esercizio diretto dei pubblici esercizi». Nel vecchio quadro legislativo, la titolarità del servizio, esercitabile direttamente o tramite concessione, era in capo ai comuni. Per cui, decorso il periodo minimo, che il legislatore

disposizioni. Il legislatore, nel non prevedere la possibilità della gestione diretta, ha stabilito che nelle regole di affidamento di questi servizi si debba fare riferimento alla loro durata contrattuale. Ragione per cui il recesso anticipato è possibile solo in presenza delle «normali ragioni» e questo perché la gestione del servizio si è oggi esternalizzata.

Altre importanti considerazioni sono svolte sulla fase transitoria e sulla avvenuta riduzione legislativa del periodo massimo di durata delle concessioni. Una scelta che deve essere messa in rapporto con la garanzia che il legislatore ha voluto offrire a un tempo ragionevole di permanenza

Resta vincolante la durata prevista nell'accordo

dei gestori. Devono essere inoltre considerate influenti le finalità che si vogliono conseguire con la attività di riscatto anticipato. Il Consiglio di Stato ricorda che la scelta della gradualità della fase transitoria ha già superato il vaglio di legittimità da parte della Corte costituzionale (sentenza 413/2002) e che la successiva riforma del titolo V della Costituzione non ha inciso sulla ripartizione dei poteri legislativi in tema di adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario.

La sentenza ha infine considerato ininfluenza la clausola di rimessione a un collegio arbitrale delle controversie, clausola contenuta nella concessione, in quanto, ancorché possa essere considerato un arbitrato rituale, è stata sottoscritta prima della entrata in vigore della legge 295/2000 ed è perciò da considerare «invalida ed inefficace», perché riguarda una materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

ARTURO BIANCO

LA SENTENZA

LA SENTENZA