

SCUOLA DOTTORI COMMERCIALISTI PERUGIA

Dott. Francesco Buccellato

Sommario degli argomenti relativi agli incontri di studio e approfondimento sui temi:

- trasferimento e conferimento di azienda o di ramo d'azienda (24.01.2012)
- cessione di partecipazioni totalitarie o comunque di controllo (07.02.2012)

La nozione di azienda è, nel sistema del codice, una nozione derivata: essa presuppone quella di impresa, della quale costituisce lo strumento. Se non vi è impresa, non vi è azienda in senso tecnico e non si applicano i particolari principi che per essa sono posti (Ferri).

Impresa e azienda: due nozioni a confronto. L'impostazione del codice del '42 e le novità di origine comunitaria.

Impresa:

- il comportamento plurimo unificato dal risultato è, per la cultura giuridica, attività. Se un comportamento plurimo è unificato da un risultato socialmente riconoscibile come produzione o scambio di beni o di servizi, esso è impresa per il diritto (se ricorrono gli altri connotati dell'organizzazione, della professionalità, dell'economicità) ... e allora si applica a chi si comporta la disciplina della quale l'impresa è fattispecie. (Spada) L'impresa è (creazione di) iniziativa economica con mezzi personali e patrimoniali ad essa destinati; è in tal senso che, giuridicamente, assume la rilevanza di fattispecie.

Azienda:

- essa non rappresenta un immediato referente empirico, ma opera come simbolo che indica la realtà attraverso un codice organizzativo (Spada) ... inoltre non sempre il termine azienda è legislativamente utilizzato nel significato fissato dall'art.2555 ai fini della disciplina del suo trasferimento ... Perciò, anche per la nozione di azienda vale l'avvertenza che le definizioni legislative della realtà hanno carattere relativo e non assoluto, in quanto funzionali alla soluzione di determinati concreti problemi (Campobasso).

Delimitazione del campo d'indagine:

- il trasferimento d'azienda è riconducibile in apice a fenomeni negoziali? Sì, se si ha riguardo alle norme di cui agli artt.2556 ss.; ma occorre riflettere sulla portata sistematica dell'art. 2112 del codice civile. Occorre riflettere poi su tutti quei fenomeni di subentro che non sono riconducibili ad uno schema negoziale su base sinallagmatica. A cominciare dai fenomeni successori: successione, legato, patti successori, che realizzano deviazioni rispetto alla disciplina comune, per concentrarsi poi sulle operazioni societarie attraverso le quali possono realizzarsi vicende in senso lato circolatorie afferenti l'azienda:
 - conferimenti di azienda
 - fusione 2501 ss., scissione 2506 ss.
 - trasferimento di partecipazioni sociali e subingresso nella gestione
 - figure innovative di cui alla riforma: costituzione unilaterale (in tema di s.p.a. v. gli artt. 2328, comma 1, 2331, comma 2, 2342, 2362, in tema di s.r.l. v. gli artt. 2463, 2462 e 2464) e patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt.2447 bis ss.), trasformazioni eterogenee (2500 octies);
- la disciplina stabilisce le conseguenze che il mutamento nella titolarità dell'azienda determina:
 - sulla futura attività dell'alienante;
 - sulla sorte del c.d. patrimonio aziendale.

A monte dunque: quando v'è mutamento nella titolarità dell'azienda?

Per quanto concerne il negozio avente effetti reali ed obbligatori concernenti l'azienda e i singoli beni aziendali che la compongono, occorre aver riferimento:

- alla forma (*ad probationem*) del trasferimento di azienda e alle norme che stabiliscono specifiche forme per l'alienazione o costituzione di vincoli relativamente ai singoli beni che la compongono; il

comma 2 del 2556 (introdotto con la legge Mancino n.310/93) in forza del quale i contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, dovranno essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese non è a pena di nullità ma solo utile *ad finem*, anche se poi la relativa prescrizione diviene in concreto assorbente.

- allo schema negoziale utilizzato da riguardare con riguardo specifico alla disciplina del trasferimento d'azienda: così, ad esempio per il contratto di donazione dell'azienda, se si pone il problema dell'individuazione degli specifici beni ex art 782, lo stesso è ritenuto superato dalla consistenza unitaria della nozione giuridica di azienda.
- alla disciplina generale dei contratti (da leggere con riguardo specifico alla disciplina del trasferimento d'azienda: così, ad esempio, la vendita di azienda con pagamento da parte del venditore non è nulla per difetto di causa, stante l'esigenza del venditore di liberarsi dalla responsabilità per debiti ceduti).

Rilevanza della qualificazione giuridica dell'azienda: richiami alle teorie atomistiche e non. Posizione della giurisprudenza:

- Cass. civ., sez. II, 26-09-2007, n. **20191**.

Qualora l'acquirente di un'azienda con patto di riservato dominio ne effettui a sua volta la vendita, tale vendita non è nulla ma integra una ipotesi di acquisto a non domino (e pertanto deve qualificarsi come vendita di cosa altrui) anche se l'acquirente non sia stato a conoscenza dell'esistenza del patto di riservato dominio, giacché il complesso di beni costituito in azienda costituisce una tipica universalità di beni ai sensi dell'art. 816 c.c., per la quale non può trovare applicazione il principio dell'acquisto immediato in virtù del possesso, ai sensi dell'art. 1153 c.c., in virtù dell'esplicita esclusione sancita dall'art. 1156 c.c.

- Cass. civ., sez. I, 19-07-2000, n. 9460.

Nell'ipotesi in cui beni immobili vengano concessi in comodato ad una società poi fallita, al fine di stabilire se la domanda di restituzione dei beni stessi debba essere proposta dal comodante, nei confronti del fallimento, con la procedura dell'art. 103 legge fall., è necessario accertare se i beni costituiscano elementi esclusivi della universitas iuris qual è l'azienda, al punto da configurarla giuridicamente ed economicamente (tanto che la loro restituzione corrisponda alla restituzione dell'intera sua entità), ovvero mere componenti di tale universalità, per tale verso conservando la suscettibilità a formare oggetto di separati atti e rapporti giuridici (la suprema corte ha così cassato la sentenza che, in relazione ad alcuni impianti di carburante concessi in comodato ad una società petrolifera poi fallita, aveva ritenuto che la domanda di restituzione proposta dal comodante doveva essere proposta con le forme dell'art. 103 legge fall., limitandosi ad affermare che si trattava di beni inclusi in un complesso aziendale e che l'azienda aveva natura giuridica mobiliare).

Descrizione dei beni aziendali: è sufficiente la loro identificazione *per relationem*.

- Cass. civ., sez. II, 15-05-2006, n. **11130**.

Ai sensi dell'art. 2555 c.c. l'azienda, quale complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, è compiutamente identificata mediante la specificazione del tipo di attività svolta e dei locali nei quali essa è esercitata, trattandosi di indicazioni idonee a comprendere l'insieme degli elementi organizzati in detti locali e destinati allo svolgimento dell'attività dell'impresa, mentre la analitica individuazione di detti beni rileva al solo scopo di prevenire eventuali contestazioni in ordine alla riconducibilità degli stessi alla azienda; pertanto, deve ritenersi correttamente pronunciata dal giudice di merito, ex art. 1497 c.c., la risoluzione del contratto per mancanza delle qualità promesse ed essenziali per l'uso a cui la cosa è destinata, qualora l'azienda, trasferita ai sensi dell'art. 2556 c.c., sia risultata priva di un elemento essenziale per l'esercizio dell'attività commerciale dedotta in contratto anche se esso non sia stato menzionato tra i beni aziendali (nella specie, è stata pronunciata la risoluzione della cessione di un'azienda alimentare che, essendo sprovvista delle canne fumarie - peraltro non indicate fra i beni aziendali - non era stata in grado di svolgere l'attività di cottura dei cibi alla quale era preordinata per mancanza delle prescritte autorizzazioni amministrative, di cui il cedente aveva dichiarato l'esistenza).

L'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. La priorità dell'iscrizione ed il conflitto tra più acquirenti.

Cass. civ., sez. III, 11-02-2005, n. 2838.

In ipotesi di trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda non accompagnato da pubblicità formale (nel caso in cui essa sia legislativamente imposta) o comunque «di fatto», idonea a rendere noto al pubblico l'avvenuto trasferimento, l'imprenditore cedente è, in forza del principio dell'apparenza del diritto, responsabile per le obbligazioni assunte dal cessionario ed è, quindi, passivamente legittimato nella controversia promossa, in relazione a quelle obbligazioni, dal terzo in buona fede, il quale, ignaro della cessione, abbia ragionevolmente ritenuto di aver trattato con il cedente stesso o con persona munita del potere di rappresentarlo; la ricorrenza in concreto dei presupposti per l'applicazione del suddetto principio dell'apparenza del diritto (uno stato di fatto non corrispondente allo stato di diritto; il convincimento dei terzi - derivante da errore scusabile e, come tale, immune da colpa - che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica sì da indurli a regolare la loro condotta nella sfera del diritto, facendo affidamento su una situazione giuridica non vera ma apparente) costituisce valutazione di merito, incensurabile in cassazione se immune da vizi logici e giuridici.

Specificità del fenomeno trasferimento d'azienda: norme derogabili e inderogabili. Trasferimento d'azienda e trasferimento di beni aziendali: fattispecie e disciplina. Ipotesi limite: fattispecie negoziale di cessione d'azienda. Se, di seguito ad essa, il cedente prosegue viceversa nell'attività (in concorrenza con il cessionario) e, ulteriormente, in ragione dell'attività (di concorrenza) esercitata dal cedente, non possa dirsi realizzato quel << ... mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata ... >> di cui fa parola l'art. 2112 c.c., è da accogliere in tale contesto un'eventuale istanza del lavoratore tesa a proseguire nello svolgimento delle prestazioni lavorative in favore del cedente?

(trasferimento di ramo d'azienda e di <<quota>> d'azienda: se ne occupa il dott. Ricci):

• Cass. civ., sez. I, 09-10-2009, n. 21481.

È configurabile la cessione d'azienda anche nel caso in cui il complesso degli elementi trasferiti non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti, qualora gli stessi conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa, dovendo comunque trattarsi di un insieme organicamente finalizzato ex ante all'esercizio dell'attività d'impresa.

Le garanzie nelle vicende traslative d'azienda.

I principali interessi tutelati dalle relative clausole negoziali:

- affidamento dell'acquirente sulla consistenza patrimoniale dell'azienda
- affidamento sulla sussistenza di elementi negoziali assunti alla base della determinazione del corrispettivo secondo parametri reddituali e finanziari
- presupposizioni o altri elementi di valutazione soggettivi rilevanti nella determinazione del corrispettivo
- interesse dell'acquirente al mantenimento del valore dell'azienda alla data del *closing*

Richiamo al sistema delle garanzie della compravendita:

- vizi giuridici (vendita di cosa altrui; garanzia per evizione: *supra* cass.20191);
- vizi attinenti la cosa (garanzia per vizi e mancanza qualità: *supra* cass.11130; *aliud pro alio* e garanzia buon funzionamento cose mobili)

Cenni alla disciplina di cui agli artt. 2558, 2559 e 2560.

Dall'impresa individuale all'impresa in forma societaria

Investimento e destinazione (e disposizione). Con salvezza della rilevanza che la considerazione dell'azienda assume nella disciplina del trasferimento, l'indifferenza della destinazione imprenditoriale per i creditori è attestata dall'art.2217, laddove specifica che l'inventario deve contenere l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa, nonché ... dell'imprenditore estranee alla medesima. L'irrelevanza della destinazione è inefficiente:

- per l'imprenditore poiché questi rischia di perdere tutto, in caso di *default*

- pei terzi creditori dell'imprenditore, poiché questi subiscono il concorso dei creditori personali.

Nell'ottica del codice del '42, ogni qualvolta si programmi l'esercizio in comune di un'attività (sia questa economica o non) in funzione di un risultato (economico o non), la formazione è entificata (v. anche 2248). Comune è l'iniziativa o, come dice l'art.2247 c.c., l'attività, se due o più agenti giuridici programmano un risultato e la sua destinazione. Scelta questa che induce la possibilità di un sindacato circa la congruità di quanto operato in fatto e giuridicamente rispetto al programma. L'entificazione delle formazioni associative implica allora sempre e comunque una funzionalizzazione dell'attività giuridica esponendo ciò che si fa a un sindacato di fedeltà a uno scopo prefissato. Così può dirsi nella spa, a proposito delle funzioni del capitale (Denozza e Spada):

- che si esplica nei divieti che limitano la possibilità di compiere certi atti come la restituzione più o meno occulta dei conferimenti ai soci (spa 2445, srl 2482, snc 2306) o la distribuzione di dividendi (spa 2433, srl 2478 bis, snc 2303). L'obbligo di conservare nel patrimonio sociale beni di valore sufficiente a coprire tutte le passività più l'ammontare del capitale sociale, rappresenta il limite, in certi casi e in certi ordinamenti invalicabile, che impedisce di effettuare trasferimenti di risorse sociali ai soci;
- che è di contribuire a definire il confine oltre cui scatta l'obbligo di fermare l'attività e di porre l'impresa in liquidazione (c.d. principio "ricapitalizza o liquida"). Richiamo agli artt. 2446, 2447, e agli artt., 2482 bis, 2482 ter; nonché agli artt. 2484 comma 1 n.4, 2485, 2486.

Il conferimento: *cum ferre* (nei soggetti strutturati per lo svolgimento di attività d'impresa e non) e società unilaterale. Dalla *nozione* di società (vecchia rubrica del 2247) a quella di *contratto* di società (nuova rubrica).

Rilevanza dell'iniziativa comune o collettiva: si è detto che dalla riforma del 2003 << ... risulta, e direi in maniera inequivocabile, un abbandono della prospettiva volta a sottolineare il significato collettivo della fenomenologia societaria ed in tal modo i diversi equilibri che la caratterizzano rispetto alla situazione dell'imprenditore individuale (equilibri, poi, tradizionalmente concettualizzati ipotizzando un diverso "soggetto")>> (Angelici)

Si consente oggi anche all'iniziativa individuale di entificarsi, di divenire giuridicamente altro rispetto a chi prende l'iniziativa, separando dal patrimonio di costui le risorse necessarie a perseguire un certo risultato.

Nozione di conferimento, anche in relazione alle distinte tipologie societarie: laddove il rischio del sovraindebitamento dell'iniziativa ricada su chi conferisce (società personali), ogni risorsa è conferibile (localizzazione imperfetta del rischio). La cornice della II direttiva CEE (n.77/91/CEE) non ha lasciato ampi margini di manovra al legislatore della riforma (di spa e srl); ciò nonostante l'art.4 della legge delega ha stabilito di ampliare il novero delle entità conferibili in modo da " ... consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale" a condizione che fosse garantita l'effettiva formazione del capitale sociale.

Gli artt. 2342 e 2343 e gli «elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica» di cui all'art. 2464 comma 2.

Il conferimento dell'azienda in società.

Concorso di discipline. Concorrono le discipline già richiamate sul trasferimento d'azienda (ad esempio, in altro contesto, A. Catania, 29-06-2007: <<L'art. 2557 c.c. può trovare applicazione anche nell'ipotesi di scissione di società, laddove, come conseguenza della scissione, l'azienda o un ramo di azienda della società scissa sia stato assegnato alla società risultante dalla scissione o ad una soltanto delle società di nuova costituzione risultanti dalla scissione totale.>>), sui conferimenti in generale e sui conferimenti in natura nello specifico. Norme derogabili e non.

Le garanzie nel conferimento d'azienda a fronte degli interessi tutelati all'art.2343 c.c.

Cessione di partecipazioni totalitarie o comunque di controllo

Il fenomeno del trasferimento del controllo si è detto così fortemente antiunitario, da rendere senza senso lo sforzo di chi miri a formularne una nozione sincretica, utile in ogni luogo dell'ordinamento in cui la fattispecie abbia rilevanza (M.STELLA RICHTER, "Trasferimento del controllo" cit., p.33).

Nozione di controllo rilevante:

- l' art.2359, primo comma, numeri 1 e 2 del codice civile e il voto in assemblea ordinaria
- l'art.105 T.U.F. e la nozione di partecipazione rilevante per il computo delle partecipazioni da considerare al fine di determinare il superamento della soglia limite del 30% di cui al successivo art.106, riferendola a << ... Una quota , detenuta anche indirettamente per il tramite di fiduciari o per interposta persona, dei titoli emessi da una società ... (italiana con titoli ammessi alla negoziazione in mercato regolamentati italiani) che attribuiscono diritti di voto nelle **deliberazioni assembleari riguardanti nomina o revoca degli amministratori o del consiglio di sorveglianza.**>> salva la facoltà della CONSOB di includere nella partecipazione categorie di titoli che attribuiscono diritti di voto su uno o più argomenti diversi tenuto conto della natura e del tipo di influenza sulla gestione delle società che può avere il loro esercizio anche congiunto

I diritti di voto possono derivare oltre che dalla titolarità formale delle partecipazioni, anche da condizioni giuridiche diverse, quali ad esempio usufrutto e pegno

Controllo azionario interno di diritto (diretto o indiretto)

Controllo azionario interno di fatto (diretto o indiretto). Patti parasociali ex 2341 bis e controllo congiunto

Controllo esterno (contratti di dominazione – v. ora art.2497 septies): controllo di diritto e controllo esterno

<< ... se il controllo contrattuale non ha origine assembleare (e ciò per definizione), è vero ... che lo stesso, sostanziandosi in un condizionamento <<oggettivo>> ed <<esterno>> dell'attività sociale, sussiste sia che amministrino coloro che sono espressione di una certa fazione dei soci, sia che amministrino coloro che sono espressione di una fazione opposta. E' infatti l'attività economica stessa, in quanto tale, ad essere condizionata dalla relazione di controllo.>>

Il controllo è da intendersi innanzitutto come situazione di fatto, poi rilevante per il diritto. V. STELLA RICHTER, "Trasferimento del controllo" etc., p.88 ss., ad avviso del quale << ... il controllo di una società si sostanzia ... dal punto di vista effettuale in una attività e dal punto di vista potenziale nel presupposto per svolgere quest'attività. E' chiaro, allora, che una successione nell'attività non potrà in termini tecnici aversi, mentre il trasferimento dei "presupposti" potrà attuarsi solo con riferimento alle componenti "materiali" di quelli.>>.

In tal senso, ora, la disciplina su direzione e coordinamento, che ha riguardo all'esercizio dell'attività come presupposto della disciplina.

<< ... ai fini della disciplina del suo "trasferimento", il controllo è da intendersi necessariamente nella sua accezione potenziale. Si tratterà quindi sempre di nozioni presuntive, e, se è permessa l'improprietà, di "presunzioni assolute".>> (M.STELLA RICHTER, "Trasferimento del controllo" cit., p.88). Non v'è necessità di attendere la delibera assembleare per dare per acquisita la sussistenza di una nuova situazione di controllo (L.SCHIUMA *Controllo cit.*, p.129 s., p.194 ss.). V. in particolare la disciplina dell'o.p.a. totalitaria, il cui avvio è previsto *ex post*, al consolidarsi di una qualificata posizione formale.

Successione nel controllo; molteplicità delle tecniche:

- negoziazioni poste in essere da chi detenga il controllo che, pur non riguardando l'intera partecipazione di controllo, siano comunque potenzialmente utili (secondo un giudizio operato *ex ante*) al fine di realizzarne il trasferimento. Mi riferisco più in generale a tutti quei casi di acquisto passivo del controllo in cui il frazionamento della partecipazione facente capo al precedente controllore favorisce il consolidarsi di una nuova situazione di potere;
- cessioni di partecipazioni poste in essere da terzi che non hanno il controllo che, secondo un giudizio previsionale, possono determinare quale rilevante effetto l'insorgenza di un nuovo rapporto di controllo in ragione dell'incremento della partecipazione facente capo all'acquirente
- operazioni sul capitale (aumenti scindibile e non) e di finanza straordinaria

Il premio di maggioranza: la prospettiva negoziale a confronto con quella riveniente dalla disciplina dei mercati

Cass., n. 27505/2008 << ... non è esclusa l'estensione analogica del cit. art. 2557 c.c. all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione in una società di capitali, ove il giudice del merito, con un'indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto, accerti che tale cessione abbia realizzato un «caso simile» all'alienazione d'azienda, producendo sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda>>

La Corte conferma nei risultati l'impostazione di cui alla sentenza n.549/97 (*<<La ricorrenza della sostanziale equiparazione va accertata in concreto tenendo conto: a) che la sostituzione ... di un soggetto ad un altro nell'azienda - e cioè la alienazione di azienda prevista dall'art. 2557, primo comma, c.c. - può considerarsi verificata allorché sia stata posta in essere una cessione di quote - la totalità, la quasi totalità o (anche) una quantità minore delle stesse - se sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, possa desumersi che tale cessione abbia concretato quella sostituzione (alienazione di azienda) che la norma ha inteso disciplinare; ... >>*), questa volta riferita però ad un trasferimento di quote di s.r.l.. Il riferimento al fenomeno della sostituzione nell'impresa è ormai pressoché nominale e lascia il posto ad un'impostazione non certo innovativa: *<< ... L'estensione analogica della disciplina dettata all'art. 2557 c.c., al caso di cessione della partecipazione in una società di capitali, operata dalla giurisprudenza di questa Corte, trova il suo fondamento nel rilievo che la partecipazione è bene di secondo grado, disponendo della quale l'alienante trasferisce indirettamente anche l'azienda che fa capo alla società cui si riferisce la partecipazione. Non sempre al trasferimento della partecipazione segue anche il trasferimento dell'azienda, sì che sul punto s'impone un'indagine sulla fattispecie concreta, devoluta al giudice di merito.>>*

L'iter processuale consente alla Corte di chiarire ulteriormente che un'azione fondata sull'applicazione analogica dell'art. 2557 c.c. è da ritenersi inammissibile, ove introdotta ad istanza della società. Questa, come già esplicitato in altra sentenza, potrà se del caso far ricorso ai rimedi generali di cui agli artt. 2598 ss., dimostrandone i presupposti, ove quella peculiare figura di cedente descritta dai casi in esame svolga attività in concorrenza con la società di cui ha ceduto la partecipazione *qualificata*. L'azione di danni, in caso di violazione del divieto, è da intendersi contrattualmente prevista nell'interesse del solo acquirente, per evitare la dispersione dell'avviamento: ad essa – si conclude – si può aggiungere anche la domanda di risoluzione del contratto di cessione per inadempimento.

A proposito della disciplina dei mercati:

Richiamo alla Direttiva 2001/34/CE che, come già detto, configura l'obbligo della comunicazione dell'operazione di cessione quando la percentuale dei diritti di voto detenuti dal venditore scenda al di sotto delle soglie del 10%, 20%, 1/3, 50% e 2/3 e, per converso, quando le medesime percentuali siano superate ad appannaggio dell'acquirente (art.89).

La normativa sugli assetti proprietari del *Regolamento Emittenti*, che fissa soglie percentuali rilevanti cui è riconnesso l'obbligo di comunicazione; a valere sia per i casi di superamento che di riduzione della partecipazione.

Superamento della soglia del trenta per cento quale conseguenza dell'adesione prestata ad una offerta al pubblico. E' possibile che, quale conseguenza dell'acquisto di strumenti finanziari derivante dall'adesione prestata ad una offerta al pubblico di sottoscrizione e vendita, l'oblato raggiunga una partecipazione al capitale di una società quotata superiore alla soglia del trenta per cento. E' dovuto in tale caso il lancio dell'offerta totalitaria, ai sensi dell'art.106 del T.U.F.? Il superamento della soglia limite per cause indipendenti dalla volontà dell'acquirente non comporta l'obbligo di offerta nei casi specificati dalla Consob.