

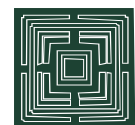
I RAPPORTI DI FATTO NEL DIRITTO COMMERCIALE

6 NOVEMBRE 2023

AVV. FEDERICO RIGANTI

RICERCATORE IN DIRITTO DELL'ECONOMIA E DEI
MERCATI FINANZIARI

UNIVERSITÀ DI TORINO



PAVESIO E ASSOCIATI
WITH NEGRI-CLEMENTI

I contenuti

- ◆ Rapporti di fatto nel diritto (civile)
- ◆ Rapporti di fatto nel diritto commerciale → carattere patologico e difensivo delle ricostruzioni in questione
- ◆ Possibilità di suddividere la materia come segue:
 - Rapporti di fatto **soggettivamente** intesi:
 - Amministratore di fatto
 - Sindaco di fatto
 - Abuso della maggioranza
 - Rapporti di fatto **oggettivamente** intesi:
 - Società di fatto
 - Supersocietà di fatto

I rapporti di fatto nel diritto civile

I rapporti di fatto nel diritto (civile):

- «Tra ciò che è «diritto» e ciò che è «fatto», tra ciò che è regolato dalla legge e ciò che sembra esserlo, tra matrimonio e non-matrimonio, tra società e non-società, tra contratto e non-contratto, è individuabile una **serie di fenomeni, di situazioni, di rapporti** che, pur **non costituendo una «fattispecie» tipica** – e per questo, nel loro insieme, definiti «di fatto» - si possono rilevare, quasi contraddicendo la loro stessa qualifica e la loro origine, **produttivi di effetti giuridici** [...].
- È invalso il costume, e l'origine ne è antica, di aggiungere al termine tipico che designa taluni istituti la locuzione «di fatto» per identificare fenomeni che, se ricordano il rapporto di diritto richiamato, pur tuttavia non si identificano con quest'ultimo per la mancanza di un elemento o per un vizio genetico o funzionale del medesimo». V. Franceschelli, «Rapporto di fatto», Digesto IV, Utet, Torino, 1997
- Formalismo VS sostanzialismo (riflessi di filosofia del diritto)

Nomina sunt substantia rerum? Oppure no?

I rapporti di fatto nel diritto commerciale

I rapporti di fatto nel diritto commerciale:

- **Rapporti di fatto soggettivamente intesi:**
 - Amministratore di fatto
 - Sindaco di fatto
 - Abuso della maggioranza

- **Rapporti di fatto oggettivamente intesi:**
 - Società di fatto
 - Supersocietà di fatto

Altre ipotesi di interesse (ma più specifiche)

- Acquisto di partecipazioni qualificate
- Temi dei gruppi / fattispecie del controllo in ambito societario:
 - Vi è controllo di diritto quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società
 - Vi è controllo di fatto quando una società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di un'altra società
 - Si ricordi inoltre il profilo della direzione e del coordinamento

Amministratore di fatto

- ◆ È **amministratore di fatto** colui che svolge **funzioni gestorie** di una società **senza una formale investitura** da parte della stessa
- ◆ Le linee argomentative per la determinazione dell'amministrazione di fatto sono duplici e alternative:
 - La prima, di **stampo quantitativo**, in base alla quale la qualifica di amministratore di fatto sussiste ogni qual volta un soggetto terzo, privo di una formale investitura da parte della società, si inserisca in modo diffuso e sistemico nella gestione della medesima mediante l'imposizione di direttive e la determinazione di scelte operative
 - La seconda, di **tipo qualitativo**, la quale presuppone un'amministrazione di fatto quando vi sia un terzo, formalmente estraneo al ruolo dirigenziale, che diviene concretamente «centro di potere decisionale», in quanto capace di compiere anche un solo atto in cui vengano ravvisati gli estremi tipici dell'ufficio gestorio
 - Numero e tipo di decisioni «esterne» sono quindi elementi centrali dell'analisi. Ugualmente, il tema (di stampo patologico) oggi si amplia ponendo nuove questioni da analizzare (tema assetti organizzativi)

Sindaco di fatto

- ◆ È **sindaco di fatto** colui che, a fronte di un'**investitura** formale ma **irregolare o invalida**, svolge le **funzioni di controllore**
- ◆ La giurisprudenza di legittimità affronta il tema dell'ammissibilità della figura del sindaco di fatto soffermandosi su due ordini di ragioni:
 - non è ipotizzabile lo svolgimento di fatto delle funzioni sindacali di controllo poiché è imprescindibile l'elezione di un soggetto nei confronti del quale non sussistano cause di ineleggibilità ex art. 2399 c.c.
 - Nel caso di nomina di un soggetto ineleggibile operano *ipso iure* le cause di decadenza ex art. 2399 c.c., pertanto non può avere luogo l'esercizio di fatto delle attività sindacali di controllo. Resta aperto il tema del sindaco supplente
- ◆ Critiche mosse alla suddetta impostazione:
 - Interpretazione non condivisibile per ragioni sistematiche data l'ammissibilità della configurazione dell'amministrazione di fatto
 - Orientamento pregiudizievole degli interessi dei terzi che, in buona fede, hanno interagito con una società apparentemente dotata di un sistema di controlli interni

Abuso della maggioranza

- ◆ **L'abuso della maggioranza** si configura quando il voto della maggioranza assembleare è ispirato al **perseguimento di un interesse personale** antitetico a quello sociale ovvero quando costituisce il portato di una **intenzionale attività fraudolenta** a detrimento dei diritti e degli interessi dei soci di minoranza. In questo caso, la «forma» è rispettata sebbene nei «fatti» la stessa sia oggetto di strumentalizzazione da parte della compagine sociale (maggioranza)
- ◆ Non vi è una norma che delinea la fattispecie di abuso nelle deliberazioni assembleari, pertanto, per la relativa ricostruzione, è necessario far riferimento:
 - ai principi impliciti nell'ordinamento quale il divieto di abuso dei propri diritti
 - ai concetti di stampo privatistico che configurano la società come una struttura organizzata di matrice contrattuale poggiante sui principi di buona fede e correttezza.
- ◆ L'abuso o l'eccesso di potere è causa di annullamento/invalidità delle deliberazioni dell'assemblea ogni qual volta la decisione non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società e costituisca una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società
- ◆ Rimane aperto il tema degli interessi concorrenti, ancor più in un contesto attuale in cui si espande a dismisura il profilo dell'interesse sociale

Società di fatto

- ◆ La Cassazione ritiene che, per la sussistenza di una società di fatto, siano determinanti:
 - **elementi oggettivi:** *inter alia* la creazione di un fondo comune a seguito di conferimenti in beni e denaro e l'alea comune dei guadagni e delle perdite. Resta aperto il tema organizzativo, come sopra detto
 - **elemento soggettivo:** rappresentato dall'*affectio societatis*, cioè il vincolo di collaborazione in vista di detta attività nei confronti dei terzi. La comune intenzione dei soci di vincolarsi e cooperare per il raggiungimento di risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale costituisce il contratto sociale
- ◆ In virtù di tali premesse, «quel che caratterizza la società di fatto [...] non è dunque la **mancanza del contratto sociale**, ma il modo in cui questo si manifesta e si esteriorizza; esso infatti può essere stipulato anche tacitamente, e risultare da manifestazioni esteriori dell'attività di gruppo, quando esse, per la loro sintomaticità e concludenza, evidenzino l'esistenza della società»

Supersocietà di fatto

- ◆ Forma peculiare di società di fatto che si realizza tra una **società di capitali** – di norma una s.r.l. – ed una **persona fisica**. Si tratta di un'ipotesi patologica configurata al solo fine di tutelare i soggetti terzi che con questa ssf entrano in contatto.
- ◆ La Cassazione configura la supersocietà di fatto in virtù delle seguenti osservazioni:
 - Le sr.l. possono assumere partecipazioni in società di persone; il disposto letterale dell'art. 2361 comma 2 c.c. (delibera dell'assemblea) non è dirimente (a quanto pare..) (sic!)
 - In ogni caso, la supersocietà di fatto sussiste persino se ricorre un vizio genetico nell'atto costitutivo della supersocietà formata tra la s.r.l. e la persona fisica (quanto precede per esigenze di tutela – conversione causa nullità).
- ◆ L'insolvenza della supersocietà di fatto implica la susseguente insolvenza della s.r.l. senza necessità di procedere all'accertamento dello stato di dissesto di quest'ultima, ex. art. 256 c.c.i.i., in questo scorgendosi una scelta a favore dei creditori della supersocietà di fatto e a detrimento di quelli (ignari) della s.r.l. in questione (estensione del fallimento)

Conclusioni

- ◆ Rilevanza della sostanza sulla forma (cfr. giurisprudenza)
- ◆ Carattere patologico e “difensivo” delle ricostruzioni poc’anzi offerte

CONTATTI

AVV. FEDERICO RIGANTI



+39 011 51121

+39 02 303049



CORSO VITTORIO EMANUELE II, 68 10121 TORINO

VIA BIGLI, 2 20121 MILANO

VIA LUDOVISI, 35 00187 ROMA



FEDERICO.RIGANTI@PAVESIOASSOCIATI.IT



WWW.PAVESIOASSOCIATI.IT



PAVESIO E ASSOCIATI
WITH **NEGRI-CLEMENTI**

STUDIO LEGALE – ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

TORINO MILANO

ROMA

MAIN CORRESPONDING FIRMS IN

AMSTERDAM AUCKLAND BARCELONA BERLIN BRUSSELS BUDAPEST BUENOS AIRES CAPE TOWN COPENAGHEN DUBAI DUBLIN
FRANKFURT GENEVA HONG KONG ISTANBUL LONDON LYON LUXEMBOURG MADRID MONTREAL MUMBAI MUNICH NEW YORK
PARIS PRAGUE SANTIAGO SAO PAULO SHANGHAI STOCKHOLM SYDNEY TOKYO WIEN WARSAW ZURICH